

LA
LÉGITIMATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Ès Sciences Juridiques

Présentée et soutenue le SAMEDI 13 JUILLET 1918

PAR

GUILLAUME BERTHOULE

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

Anne Mon LAROSE & FORCEL

LÉON TENIN, Directeur

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e

1918

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE LYON. — FACULTÉ DE DROIT

MM.

- AUDIBERT, ✱, I. Q., professeur honoraire.
JOSSERAND, I. Q., professeur de Droit civil, Doyen.
GARRAUD, I. Q., ✱, Membre de l'Institut, professeur de Droit criminel.
APPLETON (Charles), ✱, I. Q., professeur de Droit romain.
COHENDY, O. ✱, I. Q., ✱, professeur de Droit commercial.
PIC (Paul), (I. Q.), professeur de Droit international public.
APPLETON (Jean), I. Q., professeur de Droit administratif.
LAMBERT, A. Q., professeur d'Histoire générale du Droit français.
BOUVIER, I. Q., professeur de Science financière et de Législation française des Finances.
LAMEIRE, I. Q., professeur d'Histoire du Droit public et de Droit administratif.
BROUILHET, I. Q., professeur d'Economie politique (licence).
HUVELIN, I. Q., professeur de Droit romain, assesseur du Doyen.
LÉVY, I. Q., professeur de Droit civil.
GONNARD, I. Q., professeur d'Histoire des Doctrines économiques et d'Economie politique.
BOUVIER-BANGILLON, I. Q., professeur de Procédure civile.
VALLAS, professeur de Droit civil à la Faculté de Lille, chargé du cours d'histoire du Droit (Doctorat).
PICARD, agrégé, chargé d'un cours de Droit civil.
BECQ (J.), I. Q., secrétaire.
-

MEMBRES DU JURY :

- Président* : M. LEVY, professeur.
Assesseurs : MM. VALLAS, professeur.
PICARD, agrégé.
-

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA

LÉGITIMATION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Ès Sciences Juridiques

Présentée et soutenue le SAMEDI 13 JUILLET 1918

PAR

GUILLAUME BERTHOULE



LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

ANNO MON LAROSE & FORCEL

LÉON TENIN, Directeur

22, rue Soufflot, PARIS, 5^e

1918

INTRODUCTION

La légitimation est une faveur en vertu de laquelle un enfant conçu hors mariage est, par suite d'une fiction, élevé au rang d'un enfant légitime.

Elle est avantageuse à la fois pour l'enfant, pour les parents et pour la société.

Les enfants nés hors mariage ont une situation inférieure à celle des enfants nés dans le mariage. Ils n'ont pas tous les droits auxquels ces derniers peuvent prétendre. Cette infériorité légale s'explique et se justifie. Une bonne législation ne doit pas chercher à réaliser une assimilation complète entre les enfants naturels et les enfants légitimes. Cette assimilation, pratiquement impossible, serait théoriquement mauvaise. Si, dans l'état actuel de notre société, le législateur n'est plus dominé par les idées qui jadis provoquèrent la flétrissure du bâtard et ne poursuit plus, dans la loi civile, la répression des injures faites à la morale, il a le devoir de maintenir l'ordre social et de faire respecter les institutions qu'il considère comme né-

cessaires à son existence. Même, au cas où en tant que faute contre la morale, l'union libre ne le préoccupe pas, celle-ci doit incontestablement être réprouvée par lui en ce qu'elle porte atteinte au mode de constitution normal de la famille : le mariage. Par là se justifie la différence de situation des enfants légitimes et des enfants naturels. Mais, même contenue dans des limites raisonnables, cette sorte de déchéance de l'enfant naturel a quelque chose de choquant pour la conscience. En effet, l'enfant supporte le poids de la faute de ses parents. Une telle situation serait par trop douloureuse, si elle était nécessairement irrémédiable.

Le remède réside dans la légitimation, qui du Droit Romain a passé dans le Droit Canonique et de ce dernier dans le Code Français. Elle est une voie ouverte aux parents pour réparer le scandale de leur conduite et elle réhabilite l'enfant. Ainsi notre sentiment de la justice est satisfait. Car s'il est impossible, en principe, d'assimiler les enfants naturels aux enfants nés dans le mariage, cette assimilation va se produire par la vertu de la légitimation. Cette dernière apparaît donc comme le correctif d'une règle rigoureuse que les nécessités de l'ordre social ont dû faire admettre.

L'enfant légitimé puisera dans la légitimation le droit d'être traité avec les mêmes égards que les enfants nés dans le mariage.

Les parents, de leur côté, se réhabiliteront légalement vis-à-vis de la société, et ils jouiront envers l'enfant légi-

timé, des mêmes droits que s'il était né dans le mariage.

Avantageuse pour l'enfant et pour ses parents, la légitimation ne l'est pas moins au point de vue général et supérieur de la société. La loi doit être telle qu'elle satisfasse avant tout les besoins de la collectivité. Elle ne doit pas avoir seulement en vue les intérêts des personnes ; elle doit aussi, et surtout, assurer l'ordre social. Or, on ne peut méconnaître l'influence moralisatrice de la légitimation. Elle incite les faux ménages à se transformer en familles légitimes en leur offrant, comme présent de noces, la légitimité de leurs enfants. L'utilité sociale de la légitimation est donc incontestable.

Aussi toutes les législations modernes ont-elles, dans une mesure plus ou moins large, admis et réglementé cette institution.

Toutefois la législation anglaise ne l'accepte que dans des limites si étroites qu'elles équivalent presque à un refus. En Angleterre, le mariage subséquent des père et mère ne légitime pas leurs enfants. La légitimation n'est possible, dans le Royaume-Uni, qu'en vertu d'un « act » du Parlement. Ce système repose sur la conception inverse de celle que j'ai exposée. On craint, en donnant aux concubins l'espoir d'une réhabilitation par la légitimation possible, d'encourager les unions illégitimes.

Cette idée apparaît comme fausse et elle aboutit à un régime inefficace, car la passion, suivant l'expression de Laurent, ne calcule pas. On n'empêche pas de commettre une faute en la rendant irréparable. Il est plus habile et

plus juste de laisser aux coupables la possibilité de la réparer. Penser autrement, c'est faire preuve d'une médiocre connaissance de la psychologie humaine. Dans le mariage l'enfant apporte d'ordinaire, avec la joie d'un espoir réalisé, les promesses de l'avenir. Dans le concubinage, au contraire, l'enfant n'est la plupart du temps qu'un accident. Or, si l'éventualité de cet accident, pourtant gros de conséquences, entraînant après lui des préoccupations et des charges, n'est pas de nature à faire réfléchir les coupables, que penser de la crainte qu'une loi prétend leur inspirer de donner le jour à des enfants qui seraient dans la vie des déshérités subissant jusqu'à leur dernier jour la tare de leur naissance ?

Aussi bien est-il superflu d'insister sur des idées qui sont en dehors de toute discussion.

L'étude que j'entreprends présente un intérêt d'actualité. On sait que la loi du 30 décembre 1915, continuant l'œuvre commencée par celle du 7 novembre 1907, a accordé aux enfants adultérins et incestueux le bienfait de la légitimation qui leur avait été refusé jusqu'alors. De plus, une loi d'hier, du 7 avril 1917, vient d'établir, dans un cas spécial, un nouveau mode de légitimation des enfants naturels.

En principe, la législation française ne connaît que la légitimation par mariage subséquent. Mais la loi du 7 avril introduit la légitimation par jugement pour les enfants des mobilisés qui sont décédés au cours des événements de guerre ou par suite de ces événements. La légitimation par

mariage, en effet, est impossible en cas de prédécès du père ou de la mère. Le législateur a considéré que cette situation était choquante lorsque le père, mobilisé depuis le 2 août 1914, avait trouvé la mort pendant la guerre. Il a donc permis de légitimer les enfants après le décès du père, mais à la condition qu'il ait été dans l'intention des parents de légitimer leur enfant par mariage.

L'œuvre législative de 1915 et de 1917 a transformé, sur des points importants, la matière de la légitimation. Ce seul fait suffirait à justifier, aujourd'hui, un travail consacré à la légitimation. Mais mon but n'est pas seulement d'apprécier et de commenter cette législation nouvelle. J'ai pensé qu'il ne serait pas inopportun, au lendemain de cette législation même, de tenter une étude d'ensemble de cette importante institution.

Dans une première partie, consacrée à l'Histoire, j'indiquerai comment a pris naissance et comment s'est développée la légitimation, depuis l'époque Romaine jusqu'à ces derniers jours.

Dans une seconde partie, je décrirai et apprécierai l'institution, telle qu'elle se présente à nous dans notre législation actuelle, et sous ses divers aspects.

PREMIÈRE PARTIE

Historique

La question du traitement des enfants naturels ne se pose pas nécessairement en tous temps et en tous pays.

L'enfant naturel est celui qui est né en dehors de l'union réglementée par la loi. Pour qu'il y ait des enfants naturels, il faut qu'il existe une union légale, produisant des effets déterminés. Ainsi, dans un pays où l'union des sexes ne serait jamais constatée par la loi, il n'y aurait qu'une seule catégorie d'enfants et le traitement à leur appliquer serait, en principe, le même dans tous les cas.

Dans un pays où la polyandrie serait permise et même dans tous les pays où la parenté se transmet par les femmes, on comprend qu'une distinction puisse être faite entre la filiation naturelle et la filiation légitime, mais on n'en voit plus l'intérêt. En effet, dans tous les cas, la parenté de l'enfant sera établie, dès que l'accouchement, qui en est la source unique, sera prouvé. Dès lors, l'enfant né d'une union légale et celui qui aura vu le jour en dehors de cette union se trouveront dans la même situation. De plus, si la polyandrie est pratiquée, les liens du mariage seront

tellement relâchés, les formes exigées pour sa conclusion tellement simplifiées qu'il sera presque impossible de rencontrer une union qui ne présente pas les caractères de l'union légale.

Cette dernière observation s'applique également aux pays dont les lois autorisent la polygamie. En effet, la répudiation étant, en ce cas, à peu près aussi facile que le mariage, l'homme sera moins tenté d'avoir des relations illicites. De plus, dans les sociétés où cet état de choses subsiste, la polygamie apparaît comme l'une des formes persistantes de l'esclavage de la femme ou, du moins, de son appropriation par l'homme, et elle est, le plus souvent, accompagnée d'un régime de claustration de la femme qui diminue dans une large mesure les chances de relations illégitimes. Par suite de la claustration des jeunes filles et de leur mariage dès leur nubilité, il n'y aura qu'un très petit nombre d'enfants naturels.

Dans ces sociétés les difficultés soulevées par la condition juridique de l'enfant naturel seront réduites à néant, ou, tout au moins, à un minimum négligeable. Dès lors, la question de la légitimation ne peut s'y poser.

De même la distinction de la filiation légitime et de la filiation naturelle n'offrira qu'un intérêt médiocre, ou même nul, dans une société où la famille sera fondée, non sur les liens du sang, mais sur des rapports artificiels créés par la coutume ou par la volonté du législateur. Là on ne verra pas davantage naître la question de la légitimation.

Pour que cette question se présente, il faut supposer une distinction assez nette entre la filiation hors mariage et la filiation dans le mariage, et une différence assez tranchée entre la condition des enfants naturels et celle des enfants légitimes. Les notions morales et religieuses, non moins que les considérations purement sociales, interviendront pour déterminer ces différences. Et ce sont ces mêmes idées qui influenceront sur la formation et le développement de l'institution de la légitimation.

L'histoire de celle-ci commence dans la période du droit romain où le Christianisme pénètre dans les esprits, dans les mœurs, et dans la législation impériale. C'est ce que je montrerai dans un premier chapitre.

Puis je suivrai la fortune de la légitimation dans l'Europe du Moyen-âge et, spécialement, dans l'ancienne France. Ce sera l'objet d'un deuxième chapitre.

Enfin, dans un chapitre troisième, j'exposerai ce qu'est devenue la légitimation, à l'époque moderne, depuis la Révolution jusqu'à la législation la plus récente.

CHAPITRE PREMIER

DROIT ROMAIN

La légitimation, en droit romain, est un procédé par lequel on fait tomber sous sa puissance, et par suite entrer dans sa famille civile, certains enfants naturels.

Cette institution était absolument inconnue dans le droit romain des premiers siècles. Elle prit naissance sous l'influence de l'Eglise. D'une manière générale, les lois romaines, avant l'apparition du Christianisme, ont ignoré les enfants naturels. Les peuples païens étaient indifférents sur les questions de légitimité et de bâtardise. Les Grecs et les Romains avaient peuplé l'Olympe de bâtards, fruits des amours illégitimes de leurs dieux. Même à une époque où la corruption des mœurs ne sévissait pas, si les courtisanes formaient une classe à part, et étaient seules libérées des règles étroites qui enfermaient la femme honnête au foyer domestique, personne ne songeait à faire retomber sur leurs enfants le poids de leur faute. L'idée de la réversibilité des mérites et des démérites est une idée chrétienne que le monde antique a toujours ignorée. Or

cette idée est le véritable fondement de la défaveur qui s'attache partout, dans l'époque moderne, à la naissance hors mariage. En réalité, c'est le Christianisme qui a créé la bâtardise. Antérieurement, il y avait des enfants nés hors mariage, il n'y avait pas de bâtards.

Il faut remarquer que le législateur n'a commencé à s'occuper des enfants naturels que pour les frapper de déchéance, proclamer leur indignité et supprimer ou restreindre leurs droits successoraux. On ne doit donc trouver, dans les sociétés antiques, où ce caractère d'infériorité de l'enfant naturel n'existe pas, aucun texte déterminant leur condition légale.

En outre, la naissance hors mariage ou dans le mariage perd son intérêt lorsque la famille est uniquement fondée sur des liens artificiels. Qu'on suppose une société où la volonté de l'homme confère seule la parenté, il est très évident que le fait de la naissance ne saurait être pris en considération, puisqu'il ne produit pas de relation légale entre deux personnes, et que la volonté seule de l'homme a ce pouvoir. Mais, en réalité, il n'y a pas d'exemple d'une société pareille. Toutes ont accordé une place plus ou moins large, dans la constitution de la famille, au fait de la génération. Ainsi à Rome, où l'autorité du paterfamilias est toute puissante pour incorporer dans la famille ou en exclure qui lui plaît, les *Justae nuptiae* créent, indépendamment de sa volonté, une parenté légitime. De plus, à côté de l'agnation qu'engendrent, seules, les justes noces et cette volonté, la loi reconnaît la cognation, c'est-à-dire

la parenté naturelle. Sans doute, ce lien du sang n'eut longtemps qu'un rôle effacé ; cependant il fut toujours reconnu.

Ce que je veux remarquer ici, c'est que, plus la constitution de la famille est artificielle, plus la question des enfants naturels diminue d'importance.

C'est dans des pays comme le nôtre, où la famille est fondée sur le mariage et où règne la monogamie, que cette question atteint sa plus grande acuité. A l'origine du droit romain, au contraire, elle était inconnue. Les enfants naturels étant ignorés, il ne pouvait s'agir de légitimation.

C'est sous l'influence des idées chrétiennes que naquit la notion de la légitimité, que se présenta le problème juridique et social des enfants naturels et que se forma l'institution de la légitimation.

Après ces considérations générales, il y a lieu d'entrer dans le détail et de rechercher, d'une part, comment la légitimation a fait son apparition dans l'histoire du droit romain, d'autre part, quels étaient les procédés de légitimations usités dans le dernier état de ce droit.

§ 1^{er}. — *Origine de la Légitimation.*

L'origine de la légitimation se lie étroitement au développement des notions morales et religieuses ainsi qu'à l'histoire de la famille.

La condition des enfants hors mariage a évolué, à Rome, avec les idées et les règles qui présidèrent à l'organisation de la famille. Des principes différents déterminèrent la situation de l'enfant naturel dans la période païenne et dans la période chrétienne.

Dans le système de parenté conçu par le droit païen l'enfant né hors mariage n'est rattaché ni à son père, ni même à sa mère. En effet, la parenté avait alors comme fondement unique le lien de puissance qui unissait certaines personnes sous une autorité commune. Seule, la parenté civile était prise en considération. Le droit ignore complètement la parenté naturelle, laquelle est incapable de fonder des droits pas plus qu'elle ne crée d'incapacités.

L'enfant illégitime, dont la situation est si minutieusement réglée dans nos Codes, n'occupait pas la moindre place dans l'immense recueil du Digeste. Aussi Justinien a-t-il pu dire, sans trop d'exagération, que, jusqu'à Constantin, c'est-à-dire durant toute la phase classique de la jurisprudence romaine, le nom même d'enfant naturel était resté étranger à la langue du droit : *naturalium nomen romanae legislationi dudum non erat in studium, nec quælibet circa hoc fuit humanitas, sed tanquam alienigenum aliquid et omnino alienum a republica putabatur, a Constantini vero piæ memoriae temporibus constitutionum scriptum est libris* (1).

(1) *Novella* 89, proef.

Sans doute à partir d'une certaine époque du droit romain on voit apparaître des droits liant la mère et les enfants, mais pour les établir on ne prend en aucune considération le fait du mariage. Ce n'est pas comme épouse du père que la mère acquiert des droits au regard de ses enfants ; c'est uniquement à titre de cognate. L'union conjugale ne gagne donc rien en dignité à cette réforme, puisque la cognation produisait ses effets aussi complètement quand la mère n'était pas mariée que quand elle l'était, et sans qu'on établît de différence à ce sujet suivant que l'enfant était né de père inconnu ou du concubinat. Aussi M. Girard a-t-il pu tirer de l'étude des textes les conclusions suivantes : « Tous les droits et les devoirs re-
« connus entre la mère et l'enfant par la doctrine, par le
« prêteur, par les Senatus-Consultes et par les Constitu-
« tions des Empereurs païens se produisent au regard de
« tous les enfants, non seulement des enfants nés en ma-
« riage, mais des enfants issus d'une union libre, d'un
« concubinat (*liberi naturales*), mais de ceux nés d'une
« rencontre isolée (*spurii, vulgo concepti*), mais, croyons-
« nous, des enfants adultérins et incestueux. La base est
« toujours la même : la parenté naturelle attestée par le
« fait matériel de l'accouchement, qui est toujours éga-
« lement certain, que la mère soit une femme mariée,
« une concubine ou une prostituée. Quant à la paternité,
« c'est le contraire, elle est impuissante, à elle seule, à
« créer un lien entre le père et l'enfant ; ce lien ne peut
« être créé que par le mariage. Tandis qu'il n'y a à Rome

« que des mères naturelles, il n'y a que des pères légitimes. La paternité naturelle n'existe pas » (1).

A ce principe, une seule dérogation a été apportée par le droit païen. En 119 une constitution d'Hadrien, qui n'avait peut-être qu'une portée temporaire et restreinte, reconnut aux enfants naturels, qu'un soldat avait eus pendant son service, le droit de lui succéder *ab intestat* en qualité de cognat.

Le concubinat laissait subsister le principe. Beaucoup d'auteurs ont considéré le concubinat comme une union consacrée et réglée par les lois. Cujas qui, le premier, a formulé nettement et accrédité cette doctrine, l'appelait un demi-mariage (2). Heineccius le nommait une sorte de mariage morgantique (3), et M. Giraud lui donnait l'épithète d'hémigamie (4). Mais cette conception est maintenant abandonnée. M. Paul Gide l'a magistralement battue en brèche, et est parvenu à cette conclusion que le concubinat n'a rien de commun avec une institution juridique. « Les rapports avec une concubine, dit-il, n'étaient pas autre chose que ce qu'ils sont de notre temps, un simple fait, dépourvu de tout caractère, de tout effet légal. Le mot de concubinat doit être rayé de notre langue, et l'idée chimérique dont ce mot est l'expression doit être

(1) *Manuel de Droit romain*, livre II, chap. III.

(2) Cujas, *ad Codicem*, V, 26.

(3) Heineccius *Elem. Juris germ.*, tome VI, p. 149-15.

(4) Ch. Giraud, *Histoire du droit de propriété*, t. II, page 33, note.

« bannie de la science. La vraie traduction du mot *concupinatus*, ce n'est point concubinat, c'est concubinage (1) ».

Le mot de Concubinat est demeuré dans la terminologie des romanistes, mais la théorie de M. Gide a été acceptée par la plupart des historiens du droit romain qui n'admettent plus que le concubinat ait été ni sous l'Empire, ni auparavant un pseudo-mariage. C'est seulement sur le terrain pénal que se fit la distinction entre le concubinat et les autres unions et c'est par erreur que les romanistes ont transporté dans le droit civil la distinction ainsi faite par les textes.

Dans la réforme des mœurs qu'il avait entreprise, Auguste, tout en réprimant l'adultère et le *stuprum*, avec une femme honorable, prit soin de spécifier que le concubinat ne tomberait pas sous le coup de la loi, à condition que la femme fût nubile, et qu'il n'y ait pas eu entre les concubins d'empêchement au mariage par la parenté ou l'existence d'un mariage non encore dissous. Le concubinat, en effet, n'implique pas de désordre de conduite et n'est pas une de ces unions passagères que la morale réprouve. Il est donc naturel qu'il échappe aux peines du *stuprum*. Mais Auguste n'est pas allé au delà. Il n'a attribué au concubinat aucun effet juridique qui aurait favorisé une union irrégulière au détriment du mariage. Ainsi le concubinat n'entraîne-t-il aucun des effets

(1) Gide : Condition de l'enfant naturel et de la concubine en droit romain, reproduit dans : *Etude sur la condition privée de la femme*, 2^e éd., 1885, page 549.

que produirait une filiation légalement établie ; il ne fait pas échapper aux déchéances des lois caducaires, il ne peut servir de fondement à une *bonorum possession* à raison d'un lien de cognation entre le père et l'enfant. En vain-a-t-on objecté que l'existence d'un lien issu du concubinat entre le père et l'enfant résulterait de textes qui font allusion à un empêchement à mariage ou à l'interdiction d'assigner un ascendant en justice sans autorisation du magistrat. Ces textes ne prouvent rien, car ils s'appliquent en dehors de toute filiation reconnue, aussi bien, à l'enfant né du concubinat qu'à un enfant naturel quelconque, à un enfant adultérin ou incestueux, ou même à un enfant issu du *contubernium* des esclaves.

Si donc le droit païen a connu le concubinat au point de vue pénal, il n'établit aucun rapport entre l'enfant qui en est issu et son père. La paternité ne résulte pas comme la maternité d'un fait naturel facile à vérifier, mais seulement d'une présomption due à la volonté du père de se donner une *uxor justa* et de faire de ses enfants des *heredes sui*. Au point de vue civil le droit païen ne connaît pas plus la paternité naturelle que la maternité légitime, pas plus qu'au regard de leur mère il ne distingue les enfants nés hors mariage ou en mariage (1).

Tel était le droit romain lorsque le Christianisme s'implanta dans le monde. L'Évangile, portant son effort sur la vie privée, transforma le mariage, la famille, et exerça

(1) Girard, *loc. cit.*

une influence profonde sur la condition des enfants illégitimes. Contrairement à la jurisprudence antérieure, il s'occupa de la maternité et de la paternité naturelles, mais ce fut pour y attacher des incapacités et dans un esprit d'hostilité contre les relations hors mariage. De plus, le droit chrétien sépara le concubinat des autres relations hors mariage, pour lui reconnaître certains avantages, et, en particulier, pour attribuer certains effets à la paternité naturelle.

Les incapacités s'appliquèrent successivement aux différentes catégories d'enfants naturels. Une constitution d'Honorius et Arcadius supprima les effets de la maternité pour les enfants adultérins et incestueux. Justinien étendit la même disposition défavorable aux enfants naturels simples, en exceptant cependant les enfants nés d'un concubinat, lorsque la mère était une femme noble ayant des enfants légitimes. Sous ce même empereur les enfants naturels ne purent recueillir plus du douzième des biens de leur père lorsque ce dernier laissait des enfants légitimes.

En outre, le concubinat changea de caractère. Il devint une sorte d'union inférieure au mariage, un *inæquale conjugum*, moins honorable, *sine honesta celebratione matrimonii*, mais licite à condition que la femme fût libre, ou qu'elle occupât dans la maison de celui avec qui elle habitait la place d'épouse, *loco uxoris*, et qu'elle fût seule concubine.

Cette *licita consuetudo* produit désormais des effets juridiques. Le concubin acquiert un droit de succession, du

reste limité, à l'égard de son concubin, les enfants nés du concubinat sont rattachés au père sous le nom de *liberi naturales* et acquièrent à ce titre une part de la succession *ab intestat* de leur père, si celui-ci ne laisse ni enfants ni femmes légitimes, sinon ils ont droit à des aliments. Enfin, à la différence des enfants naturels ordinaires, les enfants issus du concubinat peuvent être légitimés.

Ainsi, à l'époque chrétienne, il faut distinguer plusieurs catégories d'enfants naturels : les enfants adultérins et incestueux, issus du commerce entre deux personnes dont l'une était mariée ou parente de l'autre ; les *spurii*, nés d'une femme libre, *soluta*, et d'un homme également libre, mais sans qu'il y ait eu, entre eux, cohabitation publique ; les *liberi naturales*, nés d'une homme et d'une femme habitant publiquement ensemble, c'est-à-dire d'une concubine *retenta in domo* et d'un homme non marié.

La légitimation n'a été établie que pour les *liberi naturales*, nés dans le concubinat. Etant libres l'un et l'autre de tout mariage, les parents auraient pu se marier s'ils l'avaient voulu ; mais ils ont préféré vivre librement ; la femme a accepté la *retentio in domo* et tous deux ont, au vu et au su de tous, vécu, ainsi que l'on dirait en langage moderne, « maritalement ».

Le Christianisme considéra une pareille union comme honteuse et les enfants qui en naissaient comme entachés d'une souillure morale. C'est cette tâche que la légitimation fut destinée à effacer, en permettant au père et à la mère de sortir de leur condition, et de faire tomber en puissance

leurs enfants. Une pareille faveur ne pouvait être accordée aux enfants incestueux ou adultérins, ni même aux *spuri*, fruits d'une liaison éphémère. Il en est ainsi pour les enfants nés du concubinat parce que le père est désigné par une présomption aussi certaine que celles de légitimité.

§ 2. — *Modes de Légitimation.*

La légitimation pouvait se réaliser par trois procédés : le mariage subséquent, le rescrit du Prince et l'oblation à la curie.

1. **Mariage subséquent** (1).

La légitimation par mariage subséquent eut, durant le Bas Empire, une histoire assez mouvementée.

Elle fut introduite sous une forme timide et à titre exceptionnel. L'empereur Constantin (306-307) et, un siècle et demi plus tard, l'empereur Zénon permirent aux concubins actuels de légitimer en se mariant leurs enfants déjà nés. C'était une sorte d'amnistie permettant aux parents existants au moment de la promulgation de la constitution de réparer leurs fautes passées. Elle ne s'appliquait nullement aux concubins futurs ni aux fautes à venir.

L'empereur Anastase, en 517, généralisa l'institution en ouvrant la légitimation par le mariage à tous les concubins actuels et futurs.

(1) Code de Nat. Lib. 5, 10, 11, nov. 12, C. 4, nov. C. 8.

Mais, en 519, Justin abolit ce régime. On semblait donc revenu, à cet égard, aux règles du droit païen.

L'éclipse ne fut pas de longue durée. Il appartenait à Justinien, en 529, de remettre en vigueur, à titre permanent et définitif, l'institution nouvelle. Celle-ci, lorsque l'élaboration en fut achevée par le grand législateur, produisait des effets complets et était subordonnée à trois conditions.

En premier lieu il fallait que le mariage fût possible lors de la conception. Par là étaient exclus les enfants adultérins et incestueux, ceux nés d'un citoyen et d'une étrangère ou d'une esclave.

En second lieu un acte écrit devait être rédigé, *l'instrumentum dotale*. C'était une sorte de contrat de mariage qui constatait les conventions pécuniaires des parties et établissait la transformation du concubinat en *justae nuptiae*.

Enfin il était exigé que l'enfant donnât son consentement, ou, tout au moins, qu'il ne fît pas d'opposition. On considérait en effet que cet enfant *sui juris* ne devait pas, contre sa volonté, tomber en puissance et laisser son patrimoine s'absorber dans celui du père.

Telles étaient les conditions nécessaires et suffisantes de la légitimation. Il n'était plus besoin, comme l'exigeaient primitivement les constitutions de Constantin et de Zénon, que la femme fût ingénue, ni que les parents n'eussent pas d'enfants d'un précédent mariage.

Cependant il y avait un cas où la légitimation était autorisée, bien que le mariage fût impossible au moment de la

conception : c'était celui où un patron épousait son affranchie pour légitimer des enfants issus de leur union. L'absence d'enfants nés d'un précédent mariage était alors toujours exigée.

II^o Rescrit du Prince (1)

La légitimation par rescrit du prince fut admise par Justinien pour les cas où il n'était pas possible de légitimer par mariage. La femme était-elle morte, absente ou mariée à un autre, le père s'adressait au prince qui autorisait la légitimation, même après la mort du sollicitant. Mais il ne fallait pas qu'il y eût d'enfants nés d'un autre mariage, et il est probable que cette légitimation était soumise au consentement au moins implicite de l'enfant à légitimer, de telle sorte qu'elle ne pouvait avoir lieu s'il s'y opposait. On conjecture enfin que la possibilité du mariage au jour de la conception était exigée.

La requête pouvait être présentée par l'enfant après la mort du père, si ce dernier en avait exprimé le vœu dans son testament.

Comme le précédent, ce procédé produisait des effets complets.

III^o Oblation à la Curie (2)

Ce troisième procédé, d'ordre fiscal, était destiné à assurer le recrutement des curies municipales chargées et

(1) *Novelle*, 74, 6, 1 et 2.

(2) *Code de lib. nat.*, 3.

responsables de la rentrée des impôts. Il fut institué avant les deux autres modes de légitimation, par Théodose et Valentinien, en l'an 442 de notre ère. On ligitimait les enfants nés du concubinat en les offrant à la curie de leur ville, en leur donnant les vingt-cinq arpents de terres nécessaires pour être décurions si c'étaient des fils, et en les mariant à des décurions avec une dot de vingt-cinq arpents s'il s'agissait des filles.

Ce procédé exigeait le consentement de l'enfant. L'absence d'enfants légitimes, d'abord requise, cessa de l'être en vertu d'une décision de Justinien.

L'oblation à la curie produisait des effets restreints, moins importants que les autres modes de légitimation. C'est ainsi que l'enfant tombait sous la puissance du père dont il devenait l'agnat, mais sans entrer dans sa famille civile, et par suite, sans être l'agnat des agnats du père.

Telles étaient, dans le dernier état du droit romain, les diverses espèces de légitimation. Que sont-elles devenues dans les siècles suivants ? Quelles furent leurs vicissitudes, particulièrement en France ? C'est ce que je vais examiner

CHAPITRE II

ANCIEN DROIT

Notre ancien droit subit, dans la matière de la légitimation, une double influence très nette, celle du droit romain et celle du droit canonique. Mais si l'on réfléchit que c'est précisément l'influence chrétienne qui introduisit dans le droit romain la légitimation, on doit reconnaître une action absolument prépondérante à la législation de l'Eglise.

La bâtardise est, désormais, stigmatisée comme une tare, car elle est la conséquence d'une faute contre la dignité du mariage dont l'Eglise a fait un sacrement. Mais cette faute n'est pas toujours égale. Est moins coupable, celui qui a négligé de faire reconnaître son union dans les formes prescrites que celui qui, violant la foi conjugale et profanant les liens sacrés du mariage, ou oublieux du respect dû à une proche parenté, est adultère ou inceste. La peine ne doit pas être égale dans les deux cas ; la loi humaine doit les distinguer comme la loi divine.

Aussi le droit canonique distingue-t-il, tout comme le

droit romain de la fin de l'Empire qu'il avait d'ailleurs inspiré, trois sortes de bâtards : les adultérins et incestueux nés d'une union criminelle ; les *vulgo concepti*, dont le père est inconnu ; les *liberi naturales*, enfants de personnes entre lesquelles le mariage aurait été possible, mais qui ne l'ont pas contracté.

Si le droit canonique frappe les bâtards de déchéances et d'incapacités, il leur fournit aussi les moyens de s'en faire relever. L'Eglise laisse place à la réparation de la faute.

Notre ancien droit se montra hostile aux bâtards. Toutefois il ne faudrait pas le juger uniquement sur les rares textes coutumiers qu'il nous a laissés. Il est possible, grâce aux écrivains du temps, de se rendre compte de la situation sociale des bâtards dans l'ancienne France, surtout pendant leur minorité. Cette situation est très différente selon que l'on considère les bâtards du roi, des princes du sang et des nobles, et ceux des gens du commun.

Pour les premiers, la bâtardise ne fut jamais une tare. En leur faveur toutes les règles légales étaient abolies. Le dicton : « si veut le Roi, si veut la Loi », recevait pour eux la plus large application (1) mais ils n'étaient qu'une infime minorité. Au contraire, les bâtards des gens du commun furent serfs, du moins à l'origine (2). Flétris par

(1) D'Aguesseau, *Œuvres*, tome VII, Paris, 1772, notamment, p. 418, voir aussi de Plessis de Grénédan, *Histoire de l'autorité paternelle dans l'ancien droit français*, thèse Paris, 1900.

(2) D'Aguesseau, *loc. cit.*, p. 405 et suivantes.

l'Eglise et sans protecteurs légaux, ils furent, durant les premiers siècles de la Féodalité, réduits à la pire des conditions. Peu à peu leur situation s'améliora, et, à la fin du moyen-âge, ils furent traités comme libres. Des lettres patentes de Charles VI nous apprennent que le bâtard, libre en principe, est serf seulement lorsqu'il est fils d'une mère serve (1). Mais la liberté n'est pas le seul bien. Le bâtard n'avait de liens de parenté ni avec son père ni avec sa mère ; ce n'est que par exception qu'il suit la condition de cette dernière ; en principe, il n'est aucunement rattaché à la situation sociale de ses auteurs (2). Enfin sur ce fonds général du droit, les coutumes locales viennent jeter une note différente et, suivant les lieux, le bâtard, d'ordinaire indépendant du père et de la mère, se trouve lié soit uniquement à cette dernière, soit même à tous les deux, mais ce rattachement aux deux auteurs est très exceptionnel. Au surplus, le lien reconnu entre le père et le bâtard ne crée guère, au profit de celui-ci, qu'une obligation alimentaire.

C'est dans l'ancien droit qu'apparaît la reconnaissance des bâtards, laquelle peut être faite d'une manière quelconque, même résulter d'un aveu.

On voit, dès lors, toute l'utilité que devait présenter la légitimation dans notre ancienne France. Elle se produisait de différentes manières.

(1) Lettres du 5 sep. 1386, voir Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. VI, p. 611 et suiv.

(2) Denisart, *Collection de décisions*, t. IV^e bâtards, N^o 40, page 299.

La légitimation par oblation à la curie, simple procédé de recrutement de la Curie, produit de l'état de misère du Bas-Empire, disparut avec la curie elle-même. Au VIII^e siècle, il n'en est plus question. Les seules formes romaines de légitimation conservées dans notre ancienne France furent la légitimation par mariage subséquent et la légitimation par rescrit du Prince.

De plus, une nouvelle espèce de légitimation apparut sous l'influence des idées canoniques : la légitimation par rescrit du Pape.

§ 1^{er}. — *Légitimation par mariage subséquent.*

L'Eglise, qui avait déjà inspiré sur ce point la législation de Constantin, reçut dans son propre droit le principe de la légitimation par mariage subséquent. Mais le droit canonique transforma et précisa cette institution (1).

Il en étendit la portée en l'appliquant non seulement aux enfants dont les parents avaient eu ensemble des relations habituelles, mais aussi aux *vulgo concepti*, fruits d'une union passagère, dont la filiation paternelle put être ainsi légalement établie. Cette extension était nécessaire parce que l'Eglise, après avoir d'abord toléré le concubinat, le combattit ensuite de toutes ses forces et ne le considéra que comme un état constant de fornication.

(1) Esmain, *Le mariage en droit canonique*, tome II, pages 40 et suivantes.

Cependant la légitimation par mariage subséquent n'était possible que si le mariage avait été lui-même possible au moment de la naissance de l'enfant. Cette règle, qui excluait du bienfait de la légitimation un certain nombre d'enfants naturels, et notamment les adultérins et les incestueux, était justifiée par l'idée suivante : la légitimation est une fiction de droit faisant rétroagir les effets du mariage au jour de la naissance de l'enfant. Or, c'était un principe général que, pour qu'une fiction de droit quelconque pût faire rétroagir un acte de droit, il fallait que cet acte eût été possible à deux moments : au moment où il se produisait réellement et au moment où on le supposait déjà fictivement accompli. Il en résultait que la légitimation n'était pas possible, lorsque, au jour de la naissance, il existait un empêchement dirimant qu'une dispense avait ensuite fait disparaître.

D'ailleurs cette solution n'était pas universellement acceptée par les canonistes. Certains estimaient que la légitimation était possible si l'empêchement, existant au moment de la naissance, avait disparu lors du mariage ; ils n'admettaient qu'une exception à cette règle : celle qui excluait la légitimation des enfants adultérins.

On admettait aussi que l'existence d'un mariage contracté par l'un des parents avec un tiers, intermédiaire entre la naissance des enfants et le mariage du père et de la mère, n'empêchait pas la légitimation de se produire. Cela n'était pas contradictoire avec la rétroactivité du mariage ; car, suivant les principes admis, il suffisait qu'un

acte fût possible aux deux points extrêmes pour qu'une fiction de rétroactivité produisît son effet (1).

Le droit canonique simplifia la légitimation en supprimant l'exigence de la rédaction des *tabulæ dotales* ou *instrumentum dotale* que le droit romain avait établie pour la légitimation par mariage subséquent. En outre, le droit canonique n'exigea plus que la concubine eût été de condition libre lors de la naissance des enfants.

La légitimation résultait de plein droit du mariage sans qu'il fût besoin pour les parents de manifester leur volonté à cet égard. Il suffisait que la filiation paternelle et maternelle des enfants pût être établie. Sans doute, d'après son usage populaire, les enfants figuraient ordinairement à la cérémonie même du mariage qui les légitimait. Et Beaumanoir nous apprend qu'au moment de la célébration de ce mariage, l'enfant était mis sous le *poêle*, c'est-à-dire sous le drap qui était placé au-dessus de la tête de son père et de sa mère (2). De son côté, Loisel nous déclare dans ses *Institutes Coutumières* : (3) « enfants mis sous le poêle, sont légitimés ». A la différence de notre Code civil, le droit canonique n'exigeait des parents aucune reconnaissance de l'enfant. Celui-ci, du reste, se trouvait légitimé sans qu'il eût à exprimer son consentement. Bien que sur ce point quelques canonistes eussent continué à suivre l'opinion de Justinien exigeant pour la légitimation le consentement

(1) Voir sur ces divers points Esmein, *loc. cit.*, p. 43.

(2) Beaumanoir, XVIII, 24, édition Beugnet, tome I, p. 292.

(3) Loisel, *Institutes Coutumières*, livre I, titre I, règle 40.

des enfants, l'opinion contraire l'emporta. Il était, en effet, logique de ne pas faire de ce consentement une condition de la légitimation, puisque celui des parents n'était lui-même pas exigé.

Le mariage opérant *ipso jure* la légitimation, on en déduisait qu'il légitimait les enfants prédécédés et, par suite, les petits-fils encore vivants.

Enfin un mariage putatif produisait le même résultat.

Le principe de la légitimation par mariage subséquent se répandit dans une grande partie de l'Europe chrétienne. Les efforts de l'Eglise aboutirent lentement en Allemagne. Ils échouèrent en Angleterre. En France, la légitimation par mariage est mentionnée notamment à la fin du ^x^e siècle dans les *Petri exceptiones legum Romanorum* (1), et les indications données par Beaumanoir et Loisel sur la cérémonie symbolique du poêle prouvent que l'institution était déjà largement entrée dans la pratique.

§ 2. — *Légitimation par rescrit du Prince.*

Notre ancien droit recueillit cette forme de légitimation que Justinien avait introduite en vue des cas où le mariage était devenu impossible entre les parents.

La Chancellerie Royale se mit à délivrer des lettres de

(1) Savigny, *Histoire du droit romain au Moyen Age*, trad. Guenoux, tome II, p. 327.

légitimation qui remplacèrent le rescrit impérial et furent l'occasion d'une perception de droits.

Ce mode de légitimation était très fréquent en France dès le début du ^{xiv}^e siècle (1). Il a été usité dans la plupart des pays d'Europe, notamment en Allemagne, aux Pays-Bas, à Venise, dans les Deux-Siciles et la Sardaigne (2). Il est d'ailleurs encore admis par certaines législations modernes. C'est ainsi que nous le trouvons en Italie, en Espagne, en Russie, en Allemagne et en Autriche.

La légitimation par lettres du Prince était pour celui-ci une source de revenus assez importants. Aussi n'est-il pas étonnant que le droit de délivrer ces lettres ait été assez souvent concédé par le Souverain à des personnages plus ou moins considérables à titre de faveur ou de récompense. En Allemagne, il le fut souvent à des Comtes du Palais ou à divers grands seigneurs. Bartole, lui-même, nous rapporte qu'il avait obtenu de l'empereur Charles IV pour lui et ses successeurs, docteurs en droit, le privilège de délivrer des lettres de légitimation (3). En France il y eut quelques concessions analogues. On cite celle faite en 1380 par Charles VI au profit de son oncle établi par lui Lieutenant du Roi en Languedoc, d'accorder de ces lettres moyennant finances. Mais c'était une pratique exception-

(1) Viollet, *Histoire du droit civil français*, n° 474. — Bontaric, *La France sous Philippe le Bel*, p. 16.

(2) Viollet, *loc. cit.*, note 6 et les auteurs cités.

(3) Savigny, *Geschichte des römischen rechts in Mittelalter*, t. VI, 1831, p. 133. note 36 ; 2^e édition, t. VI, p. 150, cité par Viollet, p. 474, N° 4.

nelle. Aussi dès la fin du xiv^e siècle intervinrent des Ordonnances réservant au Roi un droit exclusif en cette matière (1) et les légitimations accordées au xv^e et au xvi^e siècle par les lieutenants et gouverneurs du roi furent déclarées abusives. « Au Roi seul et pour le tout, lisons-nous dans le Grand Coutumier, appartient faire et donner légitimation pour tout le royaume. » De plus, les lettres de légitimation durent être enregistrées au Parlement et à la Chambre des Comptes, ce qui permettait au roi d'enlever tout effet aux légitimations en dehors des domaines des seigneurs. Bien que ceux-ci, en effet, lui disputassent le droit de légitimer par lettres, le roi se réserva le privilège exclusif de légitimer les bâtards.

L'acte par lequel Henri IV et Louis XIV légitimèrent eux-mêmes leurs bâtards est simplement l'application du droit commun, du principe que le roi seul a le pouvoir de légitimer. A tort on a prétendu trouver dans la légitimation par Louis XIV des enfants qu'il avait eus de M^{me} de Montespan une innovation dans la non indication du nom de la mère. En réalité, les lettres de légitimation n'avaient pas sur ce point de pratique très ferme, tantôt elles indiquaient les noms des deux parents, tantôt celui d'un seul (2).

Les jurisconsultes, désireux d'étendre les droits du roi, lui reconnaissaient même celui de légitimer les enfants

(1) Isambart, *Anciennes Loix françaises*, V. 272, XI, 353.

(2) Viollet, page 475.

adultérins et incestueux. Ceux-ci devenaient alors capables de recevoir non pas seulement des aliments, mais des donations à perpétuité de leurs père et mère, même des legs universels. On admettait aussi qu'en cas de clause expresse, avec le consentement des proches, ils avaient à l'égard de leurs parents un droit de succession.

Les effets ainsi attachés à ces légitimations étaient exceptionnels. De droit commun la légitimation par lettre du prince avait des effets moins importants que celle par mariage subséquent. C'était une légitimation *ad honorem* et non pas *ad successionem*. En principe le légitimé n'avait pas aptitude pour succéder à ses parents *ab intestat*, à moins que ceux-ci n'eussent donné leur consentement à la légitimation.

§ 3. — *Légitimation par rescrit du Pape.*

Bien que la légitimation par rescrit du pape soit du domaine exclusif du droit canonique et n'ait exercé aucune influence sur notre législation moderne, on doit lui réserver une place dans l'histoire de notre institution.

Cette forme de légitimation, qui a pour origine la célèbre Décrétale d'Innocent III, le canon *Per Venerabilem*, inséré aux décrétales de Grégoire IX (C. XIII. X, *Qui filii sint legitimi*, IV, 17), a donné lieu à de nombreuses controverses de la part des théologiens et des canonistes. Il ne peut être question ici de les examiner en détail et,

comme il s'agit d'indiquer les grandes lignes de la discussion, je me bornerai à résumer l'exposé qu'en a donné M. Esmein dans son ouvrage *Le Mariage en Droit Canonique*, en lui empruntant souvent ses expressions mêmes.

Le rôle joué au Moyen Age par l'Eglise et la Papauté explique qu'on ait pris l'habitude de s'adresser au pape pour lui demander des lettres de légitimation.

Le premier exemple connu est celui de Philippe-Auguste provoquant, en 1201, du pape Innocent III, une légitimation de ce genre en faveur des enfants qu'il avait eus d'Agnès de Méranie. Sans doute le roi de France n'était-il pas à cette époque aussi sûr que ses successeurs de son droit canonique en la matière ; peut-être aussi l'intervention pontificale se trouve-t-elle expliquée par le fait qu'à la question de légitimation se mêlait en l'espèce une question de mariage putatif (1).

Quoi qu'il en soit, ce premier exemple ne devait pas tarder à être suivi. Un comte de Montpellier demanda aussi au pape la même faveur. Cette fois le Souverain Pontife se déclara incompétent, et sa réponse au requérant laisse apercevoir les motifs de sa décision (2). Elle explique que le roi de France n'ayant aucun supérieur temporel et n'ayant pas jugé à propos d'user, dans une pareille circonstance, du droit de légitimation qu'il possède comme souverain, s'est adressé au Saint-Siège, et a obtenu, en effet, la décision qu'il désirait, mais le comte de Mont-

(1) Viollet, p. 475, n. 5.

(2) Décrétales de Grégoire IX, IV, XVII, qui *filii sint legitimi*.

pellier n'est pas dans le même cas que le roi de France. Le pape lui laisse ainsi clairement entendre qu'il ait à s'adresser au prince temporel dont il est le vassal (1).

Mais ce souci de ne pas empiéter sur le pouvoir temporel ne devait pas persister et, sous l'influence de sollicitations nombreuses, les légitimations par rescrit du pape se multiplièrent. Le Saint-Siège prit comme habitude d'insérer dans les bulles qu'il donnait à ses légats une clause leur donnant pouvoir « de légitimer et habiliter bâtards « nobles et autres de telle ou semblable qualité ». Le Parlement ne manqua pas de prendre des mesures pour protéger en cette matière les droits du roi. On sait que les légats ne pouvaient exercer en France leurs pouvoirs qu'après vérification de leurs bulles par le Parlement. Celui-ci ne manquait point à cette occasion de restreindre cette clause à l'ordre spirituel et soutenait qu'elle n'avait d'autre effet que de permettre au légat d'habiliter les bâtards « aux ordres et estats de l'Eglise ».

C'est à ces principes que se réfère l'article 21 des Libertez de l'Eglise Gallicane, de Pierre Pithou : « Le pape « ne peut légitimer bastards et illégitimes pour les rendre « capables de succéder ou leur estre succédé, ny pour ob- « tenir offices et estats séculiers en ce royaume, mais bien « les dispenser pour estre pourveux aux ordres sacrez et « bénéfices (2). »

(1) Viollet, p. 476.

(2) Voyez les *Libertez de l'Eglise Gallicane*, édition Durandi Maillane, tome I^{er}, 1771, pages 345-351.

Ces dispenses pour les ordres sacrés et bénéfices sont des espèces de légitimation dans l'ordre spirituel. Innocent III expliquait déjà au comte de Montpellier que les papes avaient l'habitude de les délivrer. Elles entraînaient dans l'Etat du pape la légitimation temporelle ou séculière : *Unde, quum in spiritualibus dispensetur, consequenter intelligitur in temporalibus dispensatum. Id autem in patrimonio beati Petri libere potest apostolica sedes efficere, in quo et summi Pontificis auctoritatem exercet et summi principis exsequitur potestatem* (1). Dans le Royaume, au contraire, elles ne pouvaient conférer le droit de succéder, mais seulement permettre d'obtenir un bénéfice.

Le pape pouvait-il légitimer par rescrit les enfants naturels, dans les pays sur lesquels il n'exerçait pas la souveraineté temporelle, c'est-à-dire *in terris imperii*, suivant l'expression des légistes et des canonistes anciens ? Sans doute, le texte du canon *Per venerabilem* était favorable au droit du pape, mais la difficulté provenait de ce que la légitimation produisant des effets civils, on voyait là un empiétement du pouvoir spirituel sur le pouvoir temporel. Or, le canon *Per venerabilem* reconnaît précisément la séparation de ces deux puissances. Ce problème ne donna pas moins de mal aux canonistes que beaucoup d'autres points relatifs au mariage ; jusqu'au xve siècle, il suscita cinq opinions distinctes.

(1) Décrétales de Grégoire IX, IV, 17, *qui filii sint legitimi* 13.

D'après Johannes Teutonicus, le pape pouvait légitimer partout d'une manière directe les enfants naturels, en restreignant cette légitimation aux effets spirituels ; alors, en effet, il ne sortait pas de son domaine propre. Néanmoins cette légitimation produisait effet quant aux intérêts temporels, parce que le spirituel étant d'un ordre plus élevé, entraînait avec lui le temporel (1).

D'autres docteurs, sans s'élever contre le principe lui-même, en limitaient la portée. Suivant eux, le pape ne pouvait légitimer que *quoad spiritualia* ; la légitimation ainsi accordée ne produisait pas d'effets civils proprement dits, notamment dans le domaine des successions. L'enfant pouvait seulement prétendre aux honneurs et dignités dont l'accès était fermé aux enfants illégitimes (2).

Ainsi que l'a dit M. Esmein (3), ces deux opinions étaient insoutenables. La première était exorbitante et violait les droits du pouvoir temporel, en affectant de les respecter ; la seconde était illogique et s'arrêtait à mi-chemin, sans expliquer d'une façon suffisante les distinctions qu'elle proposait. Aussi Bernard de Parme déclarait-il qu'il fallait revenir à l'exacte application des principes et restreindre la légitimation papale aux seuls effets spirituels (4).

(1) Glose sur canon XIII, X, *qui filii V^{is} habent potestatem*. — Esmein, *loc. cit.*, p. 355.

(2) Glose sur canon XIII, X, *qui filii V^{is} habent potestatem*.

(3) *Loc. cit.*, p. 356.

(4) Glose sur canon XIII, X, *qui filii ibi dem verbis*.

Hortiensis imagina une conception ingénieuse. Il n'y a pas de légitimité sans mariage légitime ; or, le mariage, étant régi par le droit canonique, se trouve légitime ou non suivant que l'Eglise en dispose. Le pape, en établissant un empêchement dirimant, pouvait rendre les enfants illégitimes ; *a fortiori* ne pouvait-il pas rendre la légitimation à ceux qu'une loi de l'Eglise en avait privés ? Il ne faisait ainsi que ce que lui permettait son rôle de législateur de l'Eglise et du mariage. La légitimation papale était donc parfaitement valable, pourvu que le pape ne sortît pas de son domaine propre, c'est-à-dire de la matière du mariage ; en d'autres termes, le pape ne pouvait légitimer que les enfants nés d'un mariage nul à raison d'un empêchement dont il pouvait accorder la dispense. Mais cette dialectique présentait un défaut. En conférant par un rescrit, principalement et directement, la légitimité aux enfants naturels, dit Esmein (1), le pape statuait non sur le mariage lui-même, mais sur un effet du mariage, isolé pour ainsi dire de sa cause et seulement envisagé au point de vue des intérêts temporels. C'est en réalité de ces derniers qu'il disposait.

Aussi Johannès Andreæ fit subir une heureuse retouche à l'argumentation d'Hostiensis. Il fit remonter la volonté papale jusqu'à la racine même de la filiation, jusqu'au mariage. En accordant la dispense d'un empêchement dirimant, le pape effaçait tous les effets que cet empêche-

(1) Esmein, *loc. cit.*, 358.

ment avait produits dans le passé quant à la filiation des enfants ; il légitimait ainsi, par une voie indirecte, mais sûre, les enfants nés de ce mariage. Cette théorie fit fortune. Cependant il ne s'agissait encore que d'une annulation rétroactive de l'illégitimité.

L'application de ce mode de légitimation était d'ailleurs déterminée par le principe même dont on l'avait tirée. Il ne pouvait s'appliquer aux enfants nés hors du mariage, *ex soluto et soluta*. En effet, le pape ne pouvant agir que sur le mariage, il fallait qu'il y eût un mariage existant dans la forme, quoique nul au fond, pour que les enfants pussent être légitimés par ce procédé. C'est ce qu'on appelait la *dispensatio in radice*. Si le mariage nul avait été contracté de bonne foi, cette *dispensatio* n'avait pas d'objet, [puisque les enfants étaient légitimés de plein droit. Elle était impuissante s'il s'agissait d'enfants adultérins, nés d'un bigame, car le ligamen qui rendait en ce cas le second mariage nul, était un empêchement de droit divin échappant au pouvoir du pape. Mais la *dispensatio* s'appliquait aux enfants incestueux ainsi qu'à tous les enfants nés d'un mariage dont la nullité provenait d'un empêchement de simple droit humain (1).

(1) Esmein, *loc. cit.*, page 660.

CHAPITRE III

DROIT MODERNE

Nous sommes à la Révolution française. Les Assemblées de cette époque troublée et violente méconnaissent profondément les mœurs traditionnelles dans leur législation sur les enfants naturels. Avant elles, le bâtard portait, devant la loi, le poids de la faute à laquelle il devait la naissance ; les enfants naturels ne participaient pas à la situation sociale de leurs parents. Cette inégalité choqua les législateurs de la Révolution qui virent dans l'enfant naturel une victime de l'Eglise, le punissant du péché de ses auteurs, et une victime de la féodalité abusant de son isolement pour exercer sur lui le droit de bâtardise. D'ailleurs les Assemblées étaient trop influencées par la littérature de J.-J. Rousseau pour ne pas éprouver le désir de relever *l'enfant de la nature* humilié par *l'enfant de la loi*.

L'Assemblée législative avait pensé à accorder aux enfants naturels des droits successoraux. La Convention, dans la loi du 12 brumaire an II, sur le rapport de Cambacérès, décréta que les enfants nés hors mariage seraient

appelés à succéder à leur père et mère dans les mêmes conditions que les enfants légitimes. Elle posait ainsi la base du système d'assimilation. La Convention prétendait effacer de la conscience publique l'objection tirée de la naissance honteuse des enfants illégitimes. Elle ne s'arrêtait pas à l'objection tirée de la nature des choses. Pour que les enfants naturels aient des droits de famille, il faut qu'il y ait une famille, c'est-à-dire une association dont le père et la mère aient accepté les liens. Cette observation n'entraîne-t-elle pas des inégalités fatales ? c'est pourquoi la Convention disposait que la famille aurait une autre source que le mariage.

Mais, à ce moment même, la Convention, dans la ferveur utopique de ses idées égalitaires, n'accepta pas toutes les conséquences du principe d'assimilation. Les droits des enfants naturels, proclamés, auraient probablement été très étendus si un code civil était sorti des délibérations de cette assemblée. Mais celle-ci n'admit jamais que les droits de l'enfant naturel pussent être exercés à l'égard du père quand sa paternité n'aurait pas été reconnue par lui. Les modes de reconnaissance forcée de la filiation naturelle étaient supprimés et il n'était admis d'autre preuve que la possession d'état. Non pas que la Convention voulut retirer d'une main les avantages qu'elle accordait de l'autre, mais la reconnaissance volontaire lui paraissait préférable à cause des dangers de la recherche judiciaire et des abus auxquels la recherche de la paternité avait donné lieu dans l'ancien droit.

Si le principe de l'assimilation des enfants naturels aux enfants légitimes avait été réalisé dans le droit positif, l'institution de la légitimation n'aurait plus guère présenté d'intérêt pratique.

Mais le code civil de 1804 opéra une transaction entre les dispositions de l'ancien droit et celles du droit intermédiaire. Il reconnut aux enfants naturels un certain droit de succession, sans les relever de leur infériorité sociale que la Révolution avait prétendu effacer. L'intérêt social, lié à la cohésion des familles, exige qu'une différence soit maintenue entre les enfants nés dans le mariage et les enfants nés hors du mariage. Tel fut l'esprit du code civil (1). Celui-ci condamna, d'ailleurs en principe, la recherche de la paternité naturelle, afin que le repos et la dignité des familles légitimes ne pussent pas être troublés par l'action d'un enfant naturel. En définitive, et sans qu'il y ait lieu de s'appesantir davantage sur ces considérations générales, le code civil accentua la distinction ancienne entre la filiation légitime et la filiation naturelle. Cette distinction même donnait à la légitimation une importance particulière.

Quel était, en cette matière, l'état de droit antérieur qui s'offrait aux rédacteurs du code civil ?

La légitimation par rescrit du pape avait déjà disparu. Dès le xvi^e siècle, les légats auxquels le pape concédait le pouvoir de légitimer les bâtards s'étaient heurtés à une

(1) Le Tribun Siméon avouait, devant le Corps Législatif, que l'enfant naturel placé en face de la famille légitime est « créancier odieux ». (Fenet, XII, page 231).

jurisprudence hostile des Parlements ; cette résistance mit fin à ce procédé.

La légitimation par rescrit du prince avait cessé elle-même au commencement de la Révolution. A la vérité aucun texte formel n'en avait prononcé l'abolition ; mais elle était tombée, tout naturellement, par suite du vote de la Constitution de 1791 qui supprimait les Parlements.

Seule subsistait la légitimation par mariage subséquent qui se maintint, du reste, par suite de l'usage traditionnel plutôt qu'en vertu d'une disposition législative précise (1).

La légitimation par mariage fut aussi la seule admise par le code civil. Mais le code, ainsi que nous le verrons, tout en maintenant la suppression des légitimations par rescrit, a ajouté aux conditions anciennes de la légitimation par mariage subséquent une condition nouvelle : l'enfant qu'il s'agit de légitimer devait être désormais reconnu au plus tard dans l'acte de célébration de mariage.

Je n'ai pas à retracer ici l'évolution législative qui s'est produite, au cours du xix^e siècle et au commencement du xx^e, dans le sens d'une amélioration progressive de la condition des enfants naturels au risque de pousser à l'abandon du mariage. Qu'il me suffise de rappeler la loi du 25 mars 1896 qui a conféré aux enfants naturels la qualité d'héritiers légitimes, alors qu'ils n'étaient auparavant que des successeurs irréguliers, qui a, en même temps,

(1) On trouve un exemple de reconnaissance d'enfant dans un acte de célébration de mariage du II floréal an II, dans Merlin, *Répertoire*, tome XVII, page 15.

augmenté leurs droits dans la succession de leurs parents ; la loi du 2 juillet 1907 qui a profondément modifié le code civil dans ses dispositions sur la tutelle et la puissance paternelle des enfants naturels, la loi du 16 novembre 1912, qui, abrogeant l'article 340, admet la recherche de la paternité dans certains cas où celle-ci paraît très probable.

Malgré cette amélioration constante apportée à la situation des enfants naturels, surtout en ce qui concerne leur protection, leur condition demeure notablement inférieure à celle des enfants légitimes. Cette infériorité qui, je l'ai dit, se justifie en elle-même par des nécessités d'intérêt social se manifeste notamment en matière de succession. Sans doute l'enfant naturel est héritier au même titre que l'enfant légitime ; mais il y a une différence entre les deux catégories d'enfants dans la quotité de leurs parts ; la part de l'enfant naturel varie selon la qualité des parents légitimes qu'a laissés son père et sa mère ; s'il est en concours avec des enfants légitimes sa part est la moitié de celle qu'il aurait eue s'il eût été légitime. Se trouve-t-il en présence d'ascendants ou de collatéraux privilégiés, il a droit aux trois quarts de la succession. La totalité de la succession ne lui appartient que s'il est seul ou en concours avec des collatéraux ordinaires. En outre, la reconnaissance ne rattache l'enfant naturel qu'à ses parents immédiats ; les seules successions qu'il soit appelé à recueillir sont donc celles de ses auteurs ; il n'a aucun droit sur les successions des parents de ses père et mère.

De là résulte le grand avantage de la légitimation qui

va permettre à l'enfant naturel d'être complètement assimilé à l'enfant légitime, d'avoir des droits successoraux aussi étendus, d'entrer entièrement dans la famille de ses père et mère, de conquérir enfin, moralement et socialement, la place dont il avait été tenu éloigné par la faute de ses parents.

Cet intérêt considérable de la légitimation, à la fois individuel et social, a été très bien compris par le législateur contemporain. La législation récente a beaucoup élargi et facilité les conditions de la légitimation. En premier lieu, la loi du 30 décembre 1915 a rendu possible la légitimation, alors même que la reconnaissance de l'enfant est postérieure à la célébration du mariage. Le code civil, je l'ai indiqué, avait établi ce principe, qui constituait une exigence nouvelle, à savoir que la reconnaissance de l'enfant, pour pouvoir emporter légitimation, devait être antérieure au mariage ou concomitante à celui-ci. Cette solution avait été admise par crainte que deux époux dont l'union était stérile, ne puissent, au moyen d'une reconnaissance, adopter un enfant quelconque. Ce système rigoureux comportait des inconvénients. Des parents, peu au courant de la législation, se mariaient en oubliant de reconnaître leurs enfants. La loi nouvelle a remédié à cet état de choses en disposant que la reconnaissance postérieure au mariage emporterait légitimation à certaines conditions. Je retrouverai cette disposition au cours de cette étude.

En second lieu, les lois de 1907 et 1913 ont permis, dans certains cas, la légitimation des enfants adultérins, et,

en outre, celle des enfants incestueux dans le cas où le mariage entre leurs auteurs est permis en vertu d'une dispense. La légitimation des enfants adultérins et incestueux était impossible jusqu'à la promulgation de ces lois. Ils étaient irrémédiablement attachés à leur condition très inférieure. Le seul droit qui leur appartient, dans les hypothèses exceptionnelles où la preuve de leur filiation se trouve légalement établie, est un droit à des aliments. Que cette situation s'explique et se justifie par des considérations supérieures d'ordre familial et social, c'est ce que je ne discuterai pas ici. Mais ce qui contrariait nos sentiments de justice et d'humanité, c'est que ces enfants ne pouvaient jamais, quelles que fussent les circonstances, sortir de leur situation par la voie de la légitimation. Le législateur a ainsi, adouci à leur égard, la rigueur des principes.

Cette réforme n'était pas encore le dernier terme de notre histoire en matière de légitimation. La guerre mondiale devait, dans ce domaine, comme dans bien d'autres, faire sentir son influence.

Et notre législateur eut à envisager une situation très intéressante. Si le père ou la mère d'un enfant vient à mourir, la légitimation par mariage, la seule qu'admette en principe notre loi, n'est évidemment plus possible. Qu'on suppose que des parents aient eu l'intention de se marier, puis que le père mobilisé ait trouvé la mort dans cette guerre ; l'impossibilité de la légitimation, provenant d'une circonstance tout à fait étrangère à la volonté des

parents, et souvent d'une circonstance glorieuse, autant que douloureuse, pour eux et pour les enfants, était un état de choses profondément regrettable. La loi du 7 avril 1917 y a remédié en décidant que les enfants pourront être, dans cette hypothèse, légitimés par jugement.

L'évolution de la légitimation est ainsi accomplie. Désormais le chemin du redressement moral est largement ouvert aux enfants naturels.

DEUXIÈME PARTIE

La légitimation dans le droit actuel

Pour traiter la légitimation dans le droit actuel, je dois étudier les questions suivantes dans autant de chapitres :

1^o Les conditions de la légitimation :

2^o Quels enfants peuvent être légitimés.

3^o Les effets de la légitimation ;

4^o Contestation de la légitimation ;

5^o Enfin, des conflits étant susceptibles de se produire entre les législations des divers pays, il conviendra de réserver un dernier chapitre à la légitimation en droit international.

CHAPITRE I

CONDITIONS DE LA LÉGITIMATION

La loi française, depuis 1791, n'admet plus qu'une seule espèce de légitimation : celle qui se produit par le mariage des père et mère.

Ce principe souffre une exception depuis que la loi du 7 avril 1917 a permis la légitimation par jugement des enfants dont les parents se sont trouvés, par la mobilisation et le décès du père, dans l'impossibilité de contracter mariage. Mais cette exception, justifiée par les circonstances tragiques de l'heure présente, ne doit être que provisoire ; elle cessera après les hostilités, de telle sorte que la loi récente ne porte pas une atteinte véritable au principe suivant lequel il n'y a de légitimation que par mariage.

Donc la première condition de la légitimation est le mariage des père et mère de l'enfant. J'aurai à montrer la portée de cette règle et à examiner l'exception transitoire qui lui a été apportée.

La deuxième condition de la légitimation est la reconnaissance de l'enfant par les parents. Il y a lieu, dans le dernier état de notre droit, de distinguer la reconnaissance antérieure ou concomitante au mariage d'une part, la reconnaissance postérieure au mariage d'autre part. En outre, il existe une catégorie d'enfants pour lesquels la reconnaissance n'est pas exigée par la loi.

Ces observations expliquent les divisions qu'on va rencontrer dans ce chapitre.

SECTION I. — Mariage des père et mère.

La loi exige, pour que la légitimation puisse avoir lieu, le mariage des père et mère de l'enfant. Il s'agit, bien entendu, d'un mariage valable. Le projet du code civil de l'an VIII comportait, souvenir de l'ancien droit, un article d'après lequel le mariage *in extremis* n'aurait pas eu pour effet de légitimer les enfants déjà nés. On sait que, sous l'ancien régime, les mariages contractés à l'approche de la mort étaient vus avec défaveur. Sans doute ils n'étaient pas à proprement parler prohibés ; la célébration en était permise ; mais les ordonnances de 1639 et de 1697 les les avaient privés d'effets civils. Il en résultait que la personne qui avait eu des enfants d'un concubinage ne pouvait pas les légitimer par un mariage célébré aux derniers instants de son existence. C'était une solution très dure. On

espérait par là pousser les concubins à régulariser rapidement leur situation au lieu d'attendre leur dernière heure. Ce calcul était illusoire ; et cette rigueur, non seulement, ne mettait pas obstacle au mal, mais empêchait de le réparer. Les auteurs du projet de l'an VIII avaient été mal inspirés en conservant, sur ce point, le principe de notre ancien droit. L'article du projet fut, sur les observations de Berlier, supprimé avec raison par les rédacteurs du code civil. Il n'est pas douteux qu'un mariage *in extremis* est suffisant pour produire légitimation (1).

Il est également certain qu'un mariage secret aurait la même efficacité, pourvu qu'il ait été contracté suivant les règles tracées par la loi. Le mariage doit être célébré publiquement. On dit qu'il est secret lorsque, après sa célébration publique et entourée de toutes les formalités légales, les époux le dissimulent au public parce qu'ils ont des motifs de laisser ignorer leur union légitime. Un pareil mariage, parfaitement régulier, malgré la réticence postérieure des époux, est susceptible, comme tout autre, d'entraîner la légitimation.

Enfin il faut remarquer que le mariage nul, mais produisant ses effets à titre de mariage putatif, en raison de la bonne foi des époux, conduit aussi à la légitimation. Cette solution ne va pas cependant sans difficulté. D'après le droit canonique, le mariage putatif avait bien pour effet de

(1) Locré : Législation civile, tome VI, p. 29 et suivantes. Aubry et Rau, tome VI, § 546, p. 64, Baudry-Lacantinerie et Cheneau. tome IV, n° 736.

donner la légitimité aux enfants conçus depuis le mariage, mais non à ceux qui étaient nés d'un commerce antérieur. La question avait été tranchée en ce sens par un arrêt du 15 mars 1674 pour une femme dont le premier mari était revenu après quarante ans d'absence (1). On sait, de plus, que le mariage putatif nous vient du droit canonique. L'article 201 du code civil en disposant que le mariage contracté de bonne foi produit ses effets « tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants » ne distingue pas entre les enfants qui bénéficient de la légitimité. D'après l'article 202 le mariage ne profite qu'aux enfants issus du mariage.

Malgré cette difficulté, l'opinion dominante est que le mariage putatif légitime même les enfants antérieurs. Il est certain, en effet, que l'esprit de la loi est d'accorder à ce mariage tous les effets civils. Souvent, d'ailleurs, un tel mariage aura été contracté spécialement en vue de produire cette légitimation. Enfin l'article 201 pose les principes généraux en matière du mariage putatif, tandis que l'article suivant n'en parle qu'incidemment. C'est donc le premier qui doit l'emporter.

En somme, tout mariage régulier et valable ou assimilé, à cause de la bonne foi des époux, à une union valable, produit la légitimation. On décide même que, si depuis la conception ou la naissance de l'enfant, l'une des parties avait contracté mariage avec un tiers, et si, postérieurement à la dissolution de ce mariage intermédiaire, les

(1) Pothier : *Mariage*, n° 441.

deux auteurs de l'enfant se mariaient ensemble, la légitimation resterait possible (1).

Nous savons qu'au principe, suivant lequel le mariage des père et mère est le seul mode de législation admis par notre droit, une exception a été apportée par la loi du 7 avril 1917.

Cette loi, due aux nécessités de la guerre, a un caractère manifeste de loi de circonstance. L'innovation qu'elle introduit dans les règles de la légitimation était nécessaire, ou, du moins, désirable. Dans un cas spécial, un nouveau mode de légitimation se trouve provisoirement établi. Il s'agit des enfants des mobilisés décédés au cours ou par suite des événements de guerre ; ils pourront être légitimés par jugement. A ce point de vue, la législation italienne a précédé la nôtre en autorisant, le 14 octobre 1915, la légitimation par décret royal des fils de militaires décédés.

Il eut été choquant d'appliquer dans toute sa rigueur la règle, d'après laquelle la légitimation est impossible en cas de prédécès du père ou de la mère, lorsque le père meurt sous les drapeaux.

La loi nouvelle a donc permis la légitimation des enfants après la mort du père, à la condition qu'il ait été dans l'intention des parents de les légitimer par mariage.

Il importe de préciser les circonstances dans lesquelles

(1) Lyon, 17 mars 1863, Sirey, 1863, 2, 205. — Baudry-Lacantinerie et Cheneau, tome IV, n° 787.

cette légitimation par jugement pourra être prononcée.
L'article 1 est ainsi conçu :

« Tout enfant, dont le père mobilisé est décédé depuis
« le 4 août 1914 des suites de blessures reçues ou de ma-
« ladies contractées ou aggravées pendant son séjour sous
« les drapeaux, pourra être déclaré légitimé dans les
« termes de l'article 331 du Code civil, par le tribunal de
« première instance du lieu de l'ouverture de la succession,
« en vertu d'un jugement rendu en audience publique
« après débats en la chambre du conseil, à la condition
« qu'il résulte de la correspondance ou de tout document
« certain une évidente volonté de se marier et de légitimer
« l'enfant, commun aux deux parents. La légitimation
« pourra également être prononcée si tous les parents
« défendeurs adhèrent à la demande. »

J'arrête ici la citation de l'article 1^{er}. Ce texte se plaçant dans l'hypothèse où un militaire est décédé au cours de la présente guerre, sans avoir pu se marier et, par suite, légitimer l'enfant qu'il avait déjà de sa future épouse, permet dans l'intérêt de l'enfant et vu les circonstances exceptionnelles qu'il puisse avoir le titre et les droits d'enfant légitime, bien que ses auteurs n'aient pu contracter mariage. Mais la loi pose comme condition essentielle que les parents aient eu l'évidente volonté de se marier et de légitimer leur enfant. La date où s'est produite cette volonté importe peu. Il va d'ailleurs de soi, que si le père, après avoir manifesté une telle intention était revenu sur sa détermination au jour de son décès, on

ne se trouverait plus dans l'hypothèse prévue par la loi.

Il appartiendra au tribunal d'apprécier et de constater l'évidente volonté des parties. On peut indiquer certains cas dans lesquels cette volonté apparaîtra manifestement.

Ainsi le père est décédé après avoir donné procuration à un tiers pour contracter mariage, en son nom, avec une femme dont il avait un enfant déjà reconnu par lui, ou encore après avoir donné un pouvoir spécial à un tiers pour reconnaître son enfant. On se trouvera bien alors en présence d'une volonté évidente.

De même il résultera une volonté non moins évidente de légitimation du fait que le père est décédé après avoir fait les publications de mariage auxquelles la mobilisation n'a pas permis de donner suite.

La même volonté ressortira du cas où le père décédé vivait, avant la mobilisation, maritalement avec une femme dont il avait eu un enfant, et comptait régulariser la situation, ainsi que l'établit une correspondance sans ambiguïté.

Dans ces hypothèses, la volonté des parents résulte de documents écrits. Le législateur a entendu formellement écarter, à cet égard, la preuve testimoniale à raison de ses incertitudes. Le texte exige comme mode de preuve « la correspondance » ou tout autre document certain. Néanmoins à défaut de documents écrits, la légitimation pourra encore être prononcée judiciairement si tous les parents défendeurs adhèrent à la demande de légitimation (1).

(1) Voir la circulation du 18 juin 1917, au *Journal Officiel*, du 21 juin.

L'article 1 dans ses paragraphes 2 et 3 organise la procédure de l'instance en légitimation. L'action est introduite par voie de citation contre le ministère public, à la requête du tuteur, ou du subrogé tuteur ou de l'un des ascendants du père ou de la mère. Au surplus, les parents du père en ligne directe, qui n'ont pas pris l'initiative de l'instance, et, à défaut de parents en ligne directe, les collatéraux privilégiés devront être mis en cause.

Que devra établir le demandeur ?

La loi, dans son paragraphe 4, répond à cette question.

Le demandeur devra prouver : 1° que l'enfant a été légalement reconnu par la mère ou déclaré judiciairement être né d'elle ; 2° que les deux parents se sont trouvés au jour du décès du père réunir les conditions de capacité exigées par les articles 144 et suivants du Code civil pour contracter mariage. Cette double preuve devra donc s'ajouter à celle de l'évidente volonté dont il a été parlé.

Lorsque le tribunal, ou sur appel, la cour aura accueilli la légitimation, la décision sera immédiatement transcrite sur les registres de l'état civil de la commune où est né l'enfant et mention en sera faite en marge de son acte de naissance. Cette formalité est importante, et c'est seulement après sa transcription que le jugement ou l'arrêt prononçant la légitimation sera opposable aux tiers.

L'enfant judiciairement légitimé sera dans la même situation que si ses auteurs avaient contracté mariage. Il aura les mêmes droits qu'un enfant légitime tant au regard de son père qu'au regard de sa mère, notamment, il por-

tera le nom du père et bénéficiera des dispositions des articles 205 et 759 du code civil. Cet effet se produira rétroactivement à la veille du décès du père, et, s'il y a lieu, de la mère.

La loi est applicable aux enfants visés par l'article 331, notamment aux enfants adultérins susceptibles d'être légitimés par mariage subséquent.

Elle marque le caractère nettement transitoire de ses dispositions en décidant qu'il ne sera plus reçu aucune instance en légitimation deux ans après la promulgation des décrets prévus par les articles 1 et 2 de la loi du 4 juillet 1915.

Enfin l'article 2 de la loi du 7 avril 1917 complète les lois des 4 avril et 19 août 1915 de la manière suivante : « ces « mariages, s'ils ont été célébrés postérieurement au décès « du futur époux, produisent néanmoins tous leurs effets « au point de vue de la légitimation des enfants et du « droit du conjoint, conformément aux dispositions des « articles 201 et 202 du code civil. »

Cette disposition de l'article 2 est importante. On sait que, aux termes des lois du 4 avril et 19 août 1915, le mariage d'un militaire peut être célébré par procuration. Or, il est possible que le futur mari soit décédé au moment où la cérémonie du mariage a été célébrée. Que décider en pareille hypothèse ? Une circulaire du Garde des Sceaux, en date du 8 avril 1915 spécifiait *in fine* que le mariage, ainsi célébré par erreur et de bonne foi, produirait, tant à l'égard de la femme qu'à celui des enfants, les effets que

l'article 201 du code civil attache au mariage putatif. Cette solution administrative était juridiquement contestable. C'est pour écarter toute discussion sur ce point que l'article 2 est venu la ratifier législativement. Un mariage contracté par procuration emportera donc légitimation des enfants, alors même que le futur époux serait déjà mort au moment de la célébration.

En définitive, la loi de 1917 ne porte au principe de la légitimation par mariage subséquent qu'une atteinte momentanée. Faite en considération des événements de la guerre, la légitimation par jugement ne survivra pas à ces événements eux-mêmes. D'ailleurs les dispositions de la loi sont strictement limitées aux enfants dont le père a été mobilisé et est décédé des suites de blessures ou de maladies ; aucun autre enfant ne saurait en profiter. Enfin la loi récente rend hommage au principe, non seulement en reconnaissant formellement elle-même le caractère transitoire des dispositions qu'elle édicte, mais encore en faisant de la volonté chez les parents de se marier et de légitimer l'enfant, la condition *sine qua non* de la légitimation par jugement. C'est parce qu'une circonstance glorieuse a mis les parents dans l'impossibilité de réaliser leur commune et louable intention que le législateur a admis, dans la mesure indiquée, la légitimation par jugement.

SECTION II. — Reconnaissance de l'enfant.

L'article 331, tel qu'il résulte de la loi du 30 décembre 1915, prévoit deux hypothèses : celle d'une reconnaissance antérieure ou concomitante à la célébration du mariage, celle d'une reconnaissance postérieure à cette célébration.

La première hypothèse était la seule que visait l'ancien article 331. L'enfant, d'après ce texte, devait être reconnu au plus tard dans l'acte de célébration ; après cet acte il était trop tard et la légitimation devenait impossible.

Une réforme était depuis longtemps désirée sur ce point. Elle fut l'œuvre de la loi de 1915 qui admit la reconnaissance postérieure au mariage en vue de la légitimation, sans toutefois faire produire à cette reconnaissance le même effet qu'à une reconnaissance antérieure ou concomitante au mariage. La reconnaissance postérieure n'emporte, en effet, légitimation qu'en vertu d'un jugement après enquête sur la possession d'état de l'enfant.

§ 1^{er}. — *Première hypothèse. Reconnaissance antérieure ou concomitante au mariage.*

Cette reconnaissance est la seule qui entraîne légitimation de plein droit, par suite du mariage. Une reconnaissance postérieure, au contraire, exige une décision judiciaire. La première est donc toujours la voie normale de la légiti-

tion, et la plus simple du moment que ses effets se réalisent *ipso jure*. J'en déterminerai les caractères.

Il y a un cas dans lequel la reconnaissance préalable n'est pas nécessaire : c'est celui où l'enfant n'est encore que conçu au moment du mariage. Cet enfant né depuis le mariage est assimilé aux enfants légitimes : or, nulle part il n'est dit qu'il doive être l'objet d'une reconnaissance préalable. L'article 331 ne parle, en effet, que des enfants « nés hors mariage ». Il conviendra d'examiner de près cette situation particulière.

Caractères de la reconnaissance.

La reconnaissance peut être volontaire ou judiciaire.

Tout d'abord elle peut être volontaire et spontanée. La légitimation n'est pas subordonnée en cette hypothèse à la reconnaissance expresse et du père et de la mère. La reconnaissance expresse du père est seule exigée. Il suffit que la reconnaissance de la mère résulte des éléments indiqués dans l'article 336, c. c., pourvu qu'ils soient antérieurs au mariage. Ainsi l'aveu de la mère suffit pour donner pleine force à son égard à la reconnaissance qui est faite par le père et dans laquelle elle est nommément indiquée. En pareil cas, l'aveu de la mère, pour valoir comme reconnaissance, n'est soumis à aucune forme particulière ; il peut résulter d'un acte sous seing privé, il peut même être tacite et résulter des circonstances qui ont précédé, accompagné ou suivi l'indication du nom de

la mère par le père. En ce sens il a été décidé qu'un enfant naturel, reconnu dans son acte de naissance par le père avec l'indication de la mère, est légitimé par le mariage subséquent du père et de la mère désignée, bien que cette dernière n'ait pas été partie dans l'acte de naissance(1), alors, du moins que cette femme a constamment traité l'enfant comme son fils et que celui-ci n'a cessé de jouir d'une possession d'état conforme à son acte de naissance.

La reconnaissance peut aussi être judiciaire.

Une reconnaissance forcée, résultant d'un jugement rendu sur une action en recherche de paternité ou de maternité a, en ce qui concerne la légitimation, les mêmes effets qu'une reconnaissance volontaire. Mais il tombe sous le sens que ce jugement ne peut équivaloir à une reconnaissance antérieure au mariage que s'il a été lui-même rendu avant le mariage. N'est-il pas superflu d'ajouter que ce jugement, portant sur la filiation de l'enfant et assimilé à une reconnaissance préalable ne doit pas être confondu avec le jugement rendu après enquête sur la possession d'état de l'enfant, lequel emporte légitimation, dans les termes de la loi de 1915, en cas de reconnaissance postérieure au mariage ?

Avant la réforme de 1915 on décidait déjà que la re-

(1) Bordeaux, 19 janv. 1830. Dalloz, rép. V. *Filiation*, 628-1^o.

Douai, 19 nov. 1845, Dalloz, 1845, 4, 278. Bordeaux, 11 mars 1853, Dalloz, 1854, 2, 260. Cassation, 30 nov. 1868, Dalloz, 1869, I, 21.

connaissance emportait légitimation, bien qu'elle eût été faite après la déclaration de l'officier de l'état civil prononçant l'union des époux pourvu qu'elle fût intervenue assez tôt pour être consignée dans l'acte de célébration de mariage ; on reconnaissait aussi qu'il importait peu que la reconnaissance eût été faite par acte séparé, si cet acte formait avec l'acte de mariage un tout indivisible (1).

L'article 331 dispose que lorsque les père et mère auront reconnu leur enfant au moment de la célébration du mariage, la reconnaissance et la légitimation ne pourront plus être contenues dans l'acte de mariage lui-même, mais devront toujours être constatées par acte séparé. C'est là une innovation heureuse. En effet, lorsque des époux avaient légitimé leur enfant lors de la célébration de leur mariage, ils ne pouvaient obtenir l'expédition de leur acte de mariage sans la mention de la légitimation, « mention gênante et humiliante, suivant l'exposé des « motifs de la proposition de la loi, parce qu'elle rappelle « ou fait connaître aux tiers une faute qu'il n'y a aucun « intérêt à divulguer. »

A cette innovation se rattachent les conséquences suivantes que j'emprunte à la circulaire du Ministre de la Justice du 11 janvier 1916, relative à l'application de la loi du 30 décembre 1915 (2) :

« A. Il conviendra, dans la pratique, que les officiers de

(1) Cassation, 27 déc. 1905, Dalloz, 1906, I, 185, et la dissertation de M. P. Binet.

(2) *Journal officiel* du 13 janvier 1916.

« l'état civil suggèrent aux futurs époux de reconnaître
« tous deux l'enfant le plus tôt possible, et de préférence
« avant la célébration de l'union projetée. Cette façon de
« procéder aura pour avantages, d'une part, d'assurer aux
« enfants, dans toute éventualité, le bénéfice d'une filia-
« tion ; et, d'autre part, de permettre la célébration du
« mariage sans que les assistants soient mis au courant
« d'une situation que les futurs peuvent avoir intérêt à ne
« pas divulguer.

« B. Dans toutes les communes où il n'existe pas de re-
« gistre spécial pour les reconnaissances d'enfants na-
« turels, celles-ci devront être inscrites sur les registres
« des actes de naissance et non sur celui des actes de ma-
« riage, sous réserve, bien entendu, du cas où la commune
« ne posséderait qu'un seul registre pour tous les actes de
« l'état civil, de quelque nature qu'ils soient.

« C. Les actes constatant une reconnaissance d'enfant
« naturel passée antérieurement à la célébration du ma-
« riage, continueront à être dressés conformément à la
« formule indiquée au chapitre IV du formulaire général
« de l'état civil.

« Lorsque la reconnaissance n'aura lieu qu'au moment
« de la célébration du mariage, l'acte séparé relatif à
« cette reconnaissance et à la légitimation de l'enfant
« naturel pourra être dressé conformément à la formule
« suivante :

« Le 30 janvier 1916, onze heures du matin, Jules Be-
« noît, né à Versailles le 7 octobre 1882, typographe, do-
Berthoule

« micilié à Paris, 17, rue de Nevers, et Louise Durand,
« née à Clamart (Seine), le 3 mai 1889, brocheuse, domi-
« ciliée à Paris, 65, Quai des Grands-Augustins, dont le
« mariage vient d'être célébré en cette Mairie ont déclaré
« reconnaître, en vue de la légitimation, un enfant né à
« Corancy (Nièvre) le 12 décembre 1911 et inscrit sous les
« noms de Jacques-Lucien, fils de Louise Durand, en pré-
« sence de..... et de..... qui, lecture faite, ont signé avec
« les déclarants et nous, Pierre Roux, adjoint au Maire
« du 6^e arrondissement de Paris. »

Cet acte devra être signé des déclarants, de deux témoins et de l'officier de l'état civil.

Enfin la légitimation doit être mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant légitimé. Cette formalité n'est nullement une condition de validité de la légitimation. Son omission ne préjudicierait donc pas à l'enfant.

*Enfants pour lesquels la reconnaissance préalable
n'est pas exigée.*

Le principe de la reconnaissance préalable ne s'applique pas au cas de la légitimation d'un enfant avant sa naissance. Lorsque le père régularise sa situation avant la naissance de l'enfant, il n'est alors nul besoin de le reconnaître. L'enfant naît légitimé, le père perdant la faculté de le désavouer par cela seul qu'il a connu la grossesse de la femme, conservant au contraire ce droit s'il n'a pas eu connaissance de cette grossesse.

C'est une question doctrinale de savoir si cet enfant naît légitime ou bien légitimé. Certains admettent qu'il est légitime et voient, dans l'article 314 du code civil, un raccourcissement des délais de présomption de paternité. Mais l'observation des faits tels qu'ils se présentent conduit à une conclusion toute différente. La qualité de la filiation se détermine au moment de la conception de l'enfant ; or, à cette époque, ses auteurs n'étaient pas mariés ; l'enfant était donc naturel. Postérieurement ses parents se sont mariés, l'enfant ne peut par suite naître que légitimé.

La légitimation par mariage subséquent se fait donc de deux façons différentes. Quand il s'agit d'enfants déjà nés, la légitimation exige la reconnaissance antérieure, concomitante ou postérieure au mariage. Au contraire, cette condition n'est nullement nécessaire lorsque l'enfant est encore simplement conçu. Pour ce dernier la légitimation résulte du seul fait du mariage.

Il est utile de consacrer à cette question quelques développements.

L'enfant qui naît avant le 180^e jour du mariage est réputé conçu avant le mariage. Rigoureusement il ne devrait pas bénéficier de la présomption légale de l'article 312 code civil. Mais comme il est possible et même probable qu'il a pour père le mari de sa mère, la loi ne le déclare pas illégitime de plein droit ; elle donne seulement au mari le droit de le désavouer (art. 314.) Le bénéfice de la légitimité appartient à cet enfant indépendamment de toute re-

connaissance antérieure au mariage et son état ne peut être attaqué que par un désaveu régulièrement formé.

Que l'enfant né durant le mariage, mais conçu auparavant, soit réputé enfant légitime de sa mère et du mari de celle-ci, c'est là certainement une fiction de la loi. Quelle est la portée exacte de cette fiction ?

D'après une opinion, il s'agit d'une fiction de légitimation. L'enfant est conçu illégitime et il vient au monde en possession de la légitimité. Comment expliquer ce fait sans l'intervention de l'idée de légitimation ? La loi présume chez les parents une intention de légitimation anticipée et c'est pourquoi elle fait produire au mariage postérieur à la conception les effets résultant, en matière de filiation naturelle, du mariage subséquent à la reconnaissance. L'enfant n'a la qualité de légitime que du jour du mariage.

Une autre doctrine considère que l'enfant a eu fictivement la qualité d'enfant légitime dès le jour de la conception. La fiction consiste à présumer que la conception ne s'est produite qu'au jour du mariage. Ainsi la fiction n'est pas celle de la légitimation, mais une fiction reportant la conception au jour de la célébration du mariage. D'après cette théorie, l'enfant est bel et bien légitime. C'est notamment le sentiment de Demolombe (1).

La question présente un double intérêt.

Le premier intérêt se manifeste alors que, à l'époque où,

(1) Demolombe, tome V, n^{os} 61 et suivants.

d'après la présomption légale on doit faire remonter la conception, il existait un obstacle absolu, ayant disparu ultérieurement, au mariage du père et de la mère. Je suppose un enfant conçu avant le mariage, à un moment où son père était encore dans les liens d'une précédente union non dissoute, et n'était pas non plus engagé dans une instance en divorce ou en séparation de corps. Dans le premier système, l'enfant est adultérin et n'a pas pu être légitimé par le mariage de sa mère avec son véritable père.

Pour ceux qui adoptent la seconde opinion, au contraire, l'enfant est légitime, car il est réputé conçu au jour du mariage. Ainsi est esquivée la prohibition de l'article 331 relative aux enfants adultérins dont la légitimation n'est pas admise.

On peut supposer encore que, au moment de la conception, le père et la mère étaient parents au degré prohibé et qu'ils ont ensuite obtenu une dispense.

Dans le premier système, l'enfant naît légitimé. Dans le second, il est légitime.

Ce côté de la question a beaucoup diminué d'intérêt depuis que les lois que nous connaissons ont autorisé la légitimation des enfants incestueux et, dans certains cas, celle des enfants adultérins.

Il est un autre intérêt du problème qui demeure toujours aussi grand que par le passé.

Si l'enfant est né moins de 180 jours après le mariage légitime, son état ne peut être contesté que par l'action en désaveu qui n'appartient qu'au mari, de son vivant, et se

trouve soumise à une réglementation rigoureuse, notamment au point de vue des déchéances. L'enfant visé par l'article 314 est-il, au contraire, considéré comme légitimé, sa filiation, résultant d'une reconnaissance tacite, pourra être contestée par toute personne intéressée.

Il est vrai que le même article dispose que le mari, pour rejeter la paternité de cet enfant, devra le désavouer ; mais en réalité il ne s'agit pas ici d'un désaveu au sens technique et précis du mot, mais d'une action en contestation d'état qui pourra, par conséquent, être exercée en dehors des conditions étroites dont la loi entoure l'action en désaveu, non seulement par le mari mais encore par ses héritiers et tous autres intéressés. Par exemple un donataire pourra contester la filiation d'un enfant issu de la femme du donateur dans les conditions de l'article 314, et en vue d'échapper à la révocation de la donation pour survenance d'enfant (1).

La jurisprudence a été divisée sur la question. D'après certaines décisions judiciaires, l'enfant né pendant le mariage doit être réputé légitime dès lors qu'il n'a pas été désavoué, bien qu'à l'époque où, d'après les présomptions de la loi, remonte sa conception, le mari ou la femme se trouvât engagé dans les liens d'un précédent mariage (2).

(1) Ambroise Colin et Capitant, P. 263, Cassation, 28 juin 1869, Dalloz, 69, 1, 335, Lyon, 6 avril 1870, Dalloz, 1870, 2, 227.

(2) Grenoble, 19 février, 1868, Dalloz, 1868, 2, 128, Chambéry, 15 juin 1869, Dalloz, 1869, 2, 188, Tribunal civil de Bar-le-Duc, 28 février 1862, D. 62, 3, 57.

La Cour de Cassation n'a pas consacré cette doctrine. Par un double arrêt du 28 juin 1859, elle a posé en principe que c'est la conception et non la naissance qui constitue la filiation et que si l'enfant naît légitime, c'est par suite d'une fiction légale qui suppose chez les époux l'intention de lui conférer la légitimité par leur mariage postérieur à la conception. Elle a, en conséquence, jugé que l'enfant ne peut être réputé légitime lorsque la date de sa naissance, rapprochée de celle où la présomption de la loi fait remonter la conception, établit que l'enfant est né du commerce adultérin (1).

La Cour suprême, cassant l'arrêt qui avait été statué dans un sens opposé, renvoya l'affaire devant la Cour de Lyon qui déclara d'une façon plus générale encore que la présomption de légitimité qui résulte de l'article 314 repose sur une fiction supposant à la fois la paternité du mari et l'intention des futurs époux, au moment de la conception, de s'unir par le mariage ; que, par suite, cette fiction ne peut plus subsister quand elle rencontre un obstacle insurmontable dans une impossibilité évidente et absolue résultant de la force même des choses (2).

La doctrine s'est également partagée sur cette question. En général, elle s'est prononcée avec raison dans le sens de la fiction de légitimation. MM. Baudry-Lacantinerie,

(1) Cassation, Chambre civile, 28 juin 1869, Dalloz, 69, 1.335 dans le même sens, et sur renvoi, Lyon, 6 avril 1870, Dalloz, 1870, 2, 227, Dijon, 31 mars 1870, Sirey, 1.70, 2, 147.

(2) Lyon, 6 avril 1870 précité.

Chauveau et Cheneaux s'expriment de la façon suivante :
« Bien que la conception de l'enfant soit illégitime, puis-
« qu'elle est, en fait, antérieure à la célébration du mariage,
« l'enfant naît légitime. La loi le répute enfant légitime de
« sa mère et du mari de celle-ci. Nous disons que la loi le
« répute enfant légitime, car il y a là évidemment une fic-
« tion. Reste à savoir quelle est cette fiction et quelle en
« est la portée. Cette fiction ne peut être, à notre avis,
« qu'une fiction de légitimation. Sans doute le texte ne le
« dit pas expressément. Mais c'était inutile à dire, car cela
« résulte de l'ensemble des dispositions légales relatives à
« notre matière. L'enfant dont il s'agit, est illégitime par
« son origine. S'il était né avant le mariage de ses parents.
« ceux-ci auraient pu le légitimer par leur mariage sub-
« séquent. La mère s'est mariée pendant sa grossesse avec
« un homme que le législateur répute être le père de l'en-
« fant. La loi dit qu'il naît légitime. La qualité d'enfant lé-
« gitime lui est conférée non par sa conception postérieure
« au mariage, mais bien par le mariage postérieur de ses
« parents. C'est donc un effet du mariage. L'enfant est na-
« turel jusqu'au jour où est célébré le mariage de ses au-
« teurs. Le mariage transforme sa filiation en une filiation
« légitime, produisant un changement dans son état. Au-
« trement dit l'enfant est légitimé par le mariage (1). »

Dans leur ouvrage récent, MM. Colin et Capitant adop-
tent nettement la même opinion.

(1) Baudry-Lacantinerie, Chauveau et Chéneaux, *Des per-
sonnes*, tome IV, n° 519.

« L'enfant visé par l'article 314 est certainement, par
« sa conception, un enfant naturel, car il est issu des rela-
« tions sexuelles de deux personnes qui n'étaient pas ma-
« riées. Seulement l'homme, qui a épousé la mère en état
« de grossesse, est considéré comme s'étant d'avance avoué
« le père de l'enfant qu'elle mettrait au monde une fois
« mariée. La loi, en somme, a admis ici, par exception, la
« possibilité d'une reconnaissance tacite et cette recon-
« naissance étant accompagnée du mariage des parents,
« produit, conformément aux principes de cette matière,
« la légitimation (1). »

A quoi bon prolonger les citations ? L'enfant né avant l'expiration des 180 premiers jours du mariage ne devrait pas être considéré comme couvert par la présomption *Pater is est...* Il est certain, en effet, que cet enfant n'a pas été conçu pendant le mariage. Néanmoins cet enfant est attribué de *plano* au mari, puisque ce dernier, aux termes de l'article 314, ne peut en décliner la paternité sans former un désaveu. Quelle est l'explication de cette apparente contradiction ? Est-ce donc le fait de la naissance dans le mariage, et non celui de la conception, qui constitue la légitimité ?

La seule manière de résoudre cette difficulté est de considérer l'enfant né moins de 180 jours après le mariage

(1) Ambroise Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1914, tome I, page 262, dans le même sens : Merlin, *répert.* V^o *légitimation*, art. 282, n^o 7. Aubry et Rau, tome VI, § 545, note 8, p. 36, en sens contraire : Demolombe, tome V, n^o 56 à 63. Laurent, tome III, n^o 385.

non comme un enfant légitime, mais comme un enfant légitimé. Pour cet enfant, la loi n'exige pas la reconnaissance dans les mêmes conditions que celles prescrites par l'article 331. Il suffit d'une reconnaissance tacite résultant de ce que le père s'est marié avec la mère en état de grossesse.

Il me reste à envisager la situation de l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage.

La durée de la gestation la plus longue étant, d'après le système du code civil, de 300 jours, il en résulte que la conception de l'enfant qui vient au monde après le 300^e jour de la dissolution de l'union conjugale, se place en dehors du mariage. Il semble alors que l'enfant aurait dû être déclaré de plein droit illégitime. La loi ne l'a pas admis ainsi ; elle se borne à déclarer dans l'article 315 du code civil, que la légitimité de cet enfant pourra être contestée. C'est dire que si sa légitimité n'est l'objet d'aucune contestation, l'enfant conservera le titre et les avantages d'enfant légitime.

§ 2. — *Deuxième hypothèse. Reconnaissance postérieure au mariage.*

L'exigence de la reconnaissance de l'enfant, antérieure ou concomitante au mariage, fut une innovation du code civil.

Le droit canonique, nous l'avons vu, admettait la légi-

timation de plein droit par l'effet même du mariage. Il n'était nullement nécessaire d'une reconnaissance préalable de l'enfant. C'était là une conception très logique. Puisque c'est le mariage qui légitime, à quoi bon exiger que la filiation soit constatée avant le mariage ? L'essentiel est que celle-ci soit certaine. Aussi la reconnaissance pouvait-elle avoir lieu au cours du mariage.

Les rédacteurs du code ont suivi une autre voie. En imposant la reconnaissance de l'enfant à légitimer avant le mariage ou au plus tard dans l'acte même de célébration du mariage, ils ont voulu empêcher, par un moyen détourné, une adoption en dehors des conditions légales, adoption qui, paraît-il, se pratiquait dans l'ancienne France. Deux époux n'ayant pas d'enfant se concertaient pour reconnaître comme leur, un enfant qui ne leur appartenait pas et qui, grâce à cette supercherie, devenait légitime. C'était, suivant les expressions du Premier Consul, un moyen de se donner des enfants « par consentement mutuel ». L'article 331 du code civil s'est proposé de déjouer ce calcul. Mais la précaution prise n'était-elle pas superflue ? Le droit ouvert à tout intéressé de contester la reconnaissance, aurait suffi à prévenir la fraude.

Au surplus, sous prétexte d'éviter cette fraude, le code civil créait un danger beaucoup plus grave. Combien de mères, en effet, considérant comme certaine leur maternité, par cela seul qu'elles sont nommées dans l'acte de naissance de leur enfant, ne songeaient pas à le reconnaître et le croyaient légitimé par le mariage qu'elles con-

tractaient ! Leur erreur était irréparable et la légitimation désormais impossible.

Les inconvénients de l'ancien article n'échappaient à personne. Ainsi était mal ouverte la voie offerte aux enfants naturels pour entrer dans la famille légitime, puisqu'un simple oubli des parents, au moment du mariage, les privait du bénéfice de la légitimation.

On aurait facilement pu remédier à cette situation en obligeant l'officier de l'état civil à prévenir les futurs époux que, s'ils ont un enfant à légitimer, ils doivent le reconnaître dans l'acte de célébration, s'ils ne l'ont déjà fait. Mais cette nouvelle mission de l'officier de l'état civil eût été bien délicate. Une pareille admonition aurait été, suivant l'expression de Baudry-Lacantinerie, trouvée de mauvais goût par la plupart des contractants.

Bien préférable est le système consacré par la loi du 30 décembre 1915, qui a ajouté à l'article 331 un paragraphe ainsi conçu :

« Lorsqu'un enfant naturel aura été reconnu par ses
« père et mère ou par l'un d'eux postérieurement à leur
« mariage, cette reconnaissance n'emportera légitimation
« qu'en vertu d'un jugement rendu en audience publique,
« après enquête et débat en chambre du Conseil, lequel
« jugement devra constater que l'enfant a eu, depuis la cé-
« lébration du mariage, la possession d'état d'enfant com-
« mun. »

On voit quelle est la portée du nouveau texte. Des parents ont oublié, au moment du mariage, de reconnaître

leur enfant. Ils le reconnaissent ultérieurement. L'enfant n'est pas de plein droit légitimé. Mais l'erreur ou l'omission des parents n'est plus irréparable. Ils demanderont à la justice de légitimer l'enfant. Le tribunal entendra des témoins qui prouveront que l'enfant a la possession d'état d'enfant commun depuis la célébration du mariage et rendra un jugement en vertu duquel la reconnaissance emportera légitimation. C'est la légitimation judiciaire.

Cette solution peut surprendre au premier abord. Elle est cependant raisonnable. Il arrive souvent qu'un homme et une femme ont, avant leur mariage, donné le jour à un enfant naturel et que l'un des auteurs ait eu, jusque-là, des motifs pour dissimuler sa véritable paternité ou maternité. Mais, à partir du mariage, ils traiteront cet enfant comme leur enfant commun ; s'il ne le traitaient pas comme tel, leur reconnaissance serait suspecte.

En somme, le système inauguré par la loi de 1915 évite que des personnes puissent faire une adoption détournée et, en même temps, il favorise la légitimation.

Qu'on le remarque, d'ailleurs, c'est la reconnaissance, jointe à la possession d'état, qui produit, dans cette hypothèse, la légitimation. La décision judiciaire ne fait que constater l'une et l'autre. Le jugement est déclaratif et non attributif de l'état de l'enfant.

La possession d'état sera du reste appréciée ici comme elle l'est en général. Ses éléments constitutifs sont indiqués dans l'article 321 du code civil. Ils consistent en ce que l'enfant a été traité par ses parents comme leur en-

fant commun et en ce que ceux-ci ont pourvu, en leur qualité de père et mère, à son éducation, à son entretien et à son établissement; en ce que l'enfant a été regardé comme leur enfant commun dans la famille. Il appartient aux juges d'apprécier souverainement les faits invoqués comme constituant la possession d'état; leur conviction se formera, à cet égard, au cours de l'audition des témoins.

En outre, la possession d'état devra être, d'après l'article 320 c. c., constante, c'est-à-dire avoir été continue dans la durée. Si la possession avait été interrompue, la question de savoir si elle pourrait être néanmoins invoquée dépendrait des circonstances. Ainsi une possession bien caractérisée par sa durée et par la nature des faits qui la constituent, mais ayant cessé de se manifester par des actes positifs, pourrait être invoquée si elle n'avait pas été contredite par d'autres faits.

La possession d'état doit aussi être indivisible, c'est-à-dire établie à l'égard du père et de la mère.

Les juges qui rendront une décision, constatant une légitimation en vertu d'une reconnaissance *post nuptias*, devront ordonner la transcription de son dispositif sur les registres de l'année courante des naissances de la commune où est né l'enfant, avec mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant. C'est le droit commun en matière de rectification d'acte de l'état civil.

Les conditions de la légitimation que nous venons d'examiner sont nécessaires et suffisantes. Il n'en existe point d'autres.

D'abord la loi n'exige pas la possibilité du mariage au jour de la conception. A cette époque il a pu exister un empêchement prohibitif, tel que le délai de dix mois imposé à la femme veuve ou divorcée, ou même un empêchement dirimant, comme de défaut d'âge. Ces empêchements ne feront pas obstacle à la légitimation de l'enfant. Il est vrai qu'il faut faire exception pour l'existence d'un mariage antérieur, qui rendrait l'enfant adultérin. Mais nous savons que la portée du principe, suivant lequel les enfants adultérins ne peuvent pas être légitimés, a été fort atténuée par les lois de 1907 et de 1915.

En second lieu, une déclaration expresse de la part des parents n'est pas nécessaire. La légitimation de l'enfant reconnu, soit avant le mariage, soit au moment de la célébration, s'opère de plein droit et sans que l'intention de légitimer ait été exprimée. Mais l'ancien article 331 disposait qu'aux conditions par lui indiquées, les enfants « pourront » être légitimés ; mais cela ne signifiait pas que la légitimation était alors une faculté pour les parents ; le texte énumérait seulement les moyens par lesquels la légitimation était rendue possible. La légitimation était acquise alors même que les père et mère auraient manifesté une volonté contraire (1). En d'autres termes, la légitimation se produit de plein droit, *potestate*

(1) Bordeaux 11 mars 1853 ; Dalloz, 1854, 2, 260. Tribunal civ., Seine, 18 mai 1865 ; Dalloz 66, 3, 24. Cour cassation. Belgique, 6 juill. 1888 ; Dalloz, 89, 2, 266 ; Baudry-Lacantinerie, et Cheneaux, tome IV, n. 738.

legis, quand le mariage a lieu à une date où la filiation de l'enfant est déjà légalement établie. Afin de mieux exprimer cette solution incontestable, la rédaction de l'article 331 a été modifiée par la loi du 30 décembre 1915. Désormais le texte ne dit plus que les enfants « pourront » être légitimés par le mariage subséquent, mais bien qu'il « sont » légitimés par ce mariage.

Enfin, il convient de remarquer que, si elle est indépendante d'une manifestation de volonté des parents, la légitimation est également indépendante de la volonté de l'enfant. Celui-ci ne peut en répudier le bénéfice. S'il veut s'y soustraire, il n'a d'autre ressource que de contester la légitimation dont il a été l'objet. On sait qu'à Rome le consentement de l'enfant était exigé.

Aucune forme de la légitimation n'est requise pour sa validité.

Nous avons vu, en étudiant l'histoire de la légitimation, que celle-ci s'accomplissait, dans notre ancienne France, avec une certaine solennité. La coutume populaire était de faire figurer les enfants à la cérémonie même du mariage qui les légitimait. Le bâtard était placé sous le même *pallium* ou voile qu'on étendait au-dessus des époux (1), mais j'ai noté que, si cette cérémonie avait la valeur symbolique d'une reconnaissance de l'enfant de la part des parents, aucune reconnaissance n'était cependant exigée en droit de ces derniers. Le mariage opérait *ipso*

(1) Voir les citations de Beaumanoir et de Loysel que j'ai faites à ce sujet.

jure la légitimation sans qu'aucune manifestation de volonté des père et mère fût nécessaire.

Aujourd'hui le principe de la légitimation de plein droit par le mariage a été maintenu, mais l'usage de toute forme extérieure a disparu.

Il doit être seulement fait mention de la légitimation sur le registre de l'état civil. Déjà la loi du 17 août 1897 avait ajouté à l'ancien article 331 une disposition ainsi conçue : « Il sera fait mention de la légitimation en marge « de l'acte de naissance de l'enfant légitimé ». La loi du 30 décembre 1915 a reproduit et complété cette disposition de la manière suivante : « toute légitimation sera « mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant « légitimé. Cette mention sera faite à la diligence de l'officier de l'état civil qui a procédé au mariage, s'il a constaté l'existence des enfants, sinon à la diligence « de tout intéressé. »

Cette formalité ne saurait être considérée comme une condition de validité de la légitimation. Elle n'a aucune analogie avec la transcription du Jugement de divorce, par exemple, laquelle est absolument nécessaire pour la dissolution du mariage. La mention de la légitimation est destinée à assurer et à faciliter la publicité du fait. L'enfant a pu être inscrit aux registres de l'état civil sous le nom de sa mère ou sous un simple prénom ; maintenant il acquiert le nom de famille de son père ; il est utile que cet enfant et les intéressés trouvent la trace de ce fait dans son acte de naissance.

La mention est donc simplement une mesure d'ordre dont l'omission n'aurait pas de conséquence juridique sur la situation de l'enfant. La légitimation se produit en vertu du mariage et indépendamment de toute formalité.

CHAPITRE II

ENFANTS POUVANT ÊTRE LÉGITIMÉS

Le code civil n'admettait que la légitimation des enfants naturels simples. Il excluait en termes formels les enfants adultérins et incestueux du bénéfice de la légitimation. Il est toutefois à remarquer que relativement aux enfants naturels simples, l'article 332 du code civil dispose que la légitimation est possible lorsque l'enfant naturel décédé a laissé des descendants légitimes.

Les lois de 1907 et de 1915, ont laissé intact l'article 332, mais elles ont modifié d'une manière très importante l'article 331, en rendant possible la légitimation des enfants adultérins et incestueux.

J'ai donc à examiner :

1^o La légitimation des enfants adultérins et incestueux ;

2^o La légitimation des enfants décédés.

SECTION I. — Enfants adultérins et incestueux.

S'il importe à l'ordre familial et social de maintenir une différence entre les enfants nés dans le mariage et les enfants nés hors mariage, il convient de justifier de la même façon la différence établie entre les enfants naturels simples et les enfants adultérins et incestueux.

Bien qu'ayant décrété l'assimilation des enfants naturels et des enfants légitimes, la Convention n'avait cependant pas osé, dans sa passion d'égalité, faire bénéficier de cette assimilation les enfants adultérins et incestueux ; elle n'avait accordé à ceux-ci, dans la succession de leurs parents, que le tiers de ce qu'ils auraient eu, s'ils avaient été légitimes.

Le code civil, plus sévère, priva les enfants adultérins et incestueux de tout droit héréditaire. La loi du 25 mars 1896, non plus qu'aucune autre loi, ne changea rien à cette situation. Notre droit n'accorde à ces enfants, lorsque la preuve de leur filiation se trouve légalement établie, qu'un droit à des aliments. D'après l'article 763 ces aliments sont réglés eu égard aux facultés du père et de la mère, au nombre et à la qualité des héritiers. C'est la succession du défunt qui doit des aliments à l'enfant ; il en résulte que le chiffre de la pension alimentaire est invariable et ne peut pas être relevé si la fortune des héritiers augmente par la suite. D'ailleurs, puisqu'il s'agit d'aliments, et non de droit successoral, il paraît bien que la

rente cesse d'être due si l'enfant se trouve plus tard à l'abri du besoin. Enfin, la succession est quitte envers l'enfant lorsque l'un de ses parents a pris soin de lui faire apprendre un art mécanique (article 764 c. c.). Ayant un gagne-pain, il n'a plus besoin d'aliments.

Telle est la condition déshéritée des enfants fruits d'une union criminelle. Justifiable en elle-même, la règle de leur infériorité légale a peut-être été poussée à une rigueur trop grande. Mais je n'ai pas à envisager cette question. Ce qui frappait surtout sous l'empire du code civil, c'était le caractère irrémédiable de cette situation. Quelles que fussent les circonstances, la légitimation était toujours interdite pour ces enfants. Alors même que le mariage devenait possible entre le père et la mère, cette union ne pouvait permettre aux parents de racheter leur faute, ni à l'enfant de se reclasser et d'entrer dans une famille. Les rédacteurs du code de 1804 avaient pensé empêcher ainsi les unions adultères et incestueuses en enlevant tout espoir de légitimer les enfants à naître de ces unions.

La prohibition absolue de la légitimation pour ces enfants était certainement en harmonie avec les autres dispositions du code qui les concernaient.

La légitimation devant toujours être précédée ou accompagnée de la reconnaissance des enfants naturels qui en font l'objet, ce bénéfice devait logiquement être refusé aux enfants illégitimes dont la reconnaissance n'était pas admise. Aussi l'article 331 du code civil, en autorisant la légitimation des enfants nés hors mariage, avait-il fait excep-

tion pour ceux qui, devant leur naissance à un commerce adultérin ou incestueux, ne pouvaient pas être reconnus.

La loi était très formelle. Pourront être légitimés, disait l'ancien article 331, « les enfants nés hors mariage, autres « que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin. » C'était une prohibition absolue de la légitimation des enfants dont la conception était le fruit d'un inceste ou d'un adultère. La reconnaissance de ces enfants était, en effet, interdite absolument par l'article 335 du code civil.

D'après les lois des 7 novembre 1907 et 30 décembre 1915 qui ont modifié l'article 331, une distinction doit être faite en cette matière. Il résulte des débats parlementaires que l'intention du législateur a été, d'une part, d'autoriser la reconnaissance suivie de légitimation par mariage, des enfants incestueux, et, dans certains cas, des enfants adultérins ; d'autre part, de maintenir l'interdiction de toute autre reconnaissance et légitimation d'enfants adultérins (1).

Ainsi donc, le principe de la prohibition de la légitimation subsiste en ce qui concerne les enfants adultérins ; dans plusieurs cas exceptionnels que la loi indique d'une manière limitative et précise, cette légitimation est désormais possible.

Quant aux enfants incestueux, il résulte du texte de la loi, comme nous le verrons, que le législateur a effacé le

(1) Voir le rapport de M. Chaumié au Sénat, 20 juin 1907. *Journal Officiel*, 1907, page 140.

principe de l'interdiction de la légitimation formulé par le code civil.

§ 1^{er}. — *Enfants adultérins*

I. — *Prohibition de la Légitimation.*

La légitimation des enfants adultérins demeure prohibée, Tel est le principe.

C'est au moment de la conception qu'il faut se reporter pour savoir si un enfant est adultérin. Il sera réputé adultérin si, à ce moment, le père ou la mère était marié, bien qu'au jour de la naissance ils fussent l'un et l'autre libres de tout lien conjugal (1). Il importe peu d'ailleurs que la filiation de l'enfant eût été immédiatement constatée ou qu'elle ne l'ait été que plus tard.

Quant à l'époque de la conception, on sait qu'elle se détermine d'après les présomptions établies par les articles 312 et suivants. Pour que l'enfant soit réputé issu d'un commerce adultérin, il faut donc que le mariage antérieur ait existé durant tout l'intervalle entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant.

La date de la naissance peut être incertaine. Alors il y a doute sur le point de savoir si, à l'époque de la concep-

(1) Cassation, 28 juin 1869, Dalloz, 1869, 1, 335. — *id* 19 novembre 1907, Dalloz, 1908, 1, 35. — *id* 7 juillet 1910, Dalloz, 1912 1, 62.

tion, les père et mère étaient ou non mariés. La jurisprudence a considéré que ce doute doit profiter à l'enfant et qu'il appartient aux héritiers légitimes, opposant à l'enfant naturel sa filiation adultérine, de prouver que la conception a eu lieu pendant le mariage (1). La Cour de cassation a du reste décidé que la filiation d'un enfant reconnu, puis légitimé par mariage subséquent, ne peut être contestée par ce motif que, aucun acte de naissance n'ayant été dressé, un acte de notoriété l'aurait fait remonter à une époque où sa mère était encore dans les liens d'un premier mariage (2).

Je n'insisterai pas davantage sur le principe de la prohibition de la légitimation des enfant adultérins.

Ce principe ne put être maintenu d'une façon absolue lorsque le législateur moderne, indulgent pour l'adultère, eut, par la loi du 15 décembre 1904 abrogeant l'article 298 du code civil, autorisé le mariage entre les complices. On ne peut raisonnablement, disait-il, maintenir l'interdiction de la légitimation des enfants adultérins lorsque leurs auteurs contractant une union régulière, ont réparé leur faute. Il faut que les parents puissent effacer ainsi les conséquences de leur inconduite. Il fallut donc, après l'abrogation de l'article 298, ouvrir une brèche dans la règle rigoureuse qui avait été jusque là appliquée. Ce fut l'œuvre des

(1) Paris, 27 fév. 1819, Dalloz, *repert.* V Filiation, n° 709. — Bruxelles, 19 janv. 1813, Dalloz, *ibidem*, n° 457.

(2) Cassation, req. 18 mai 1820. Dalloz, *repert.* V° Filia., n° 457.

lois de 1907 et de 1915 conçues dans un esprit de bienveillance pour les enfants adultérins.

§ 2. — *Cas exceptionnels de légitimation.*

La loi du 7 novembre 1907, modifiant l'article 331 du code civil, a fait un premier pas pour ouvrir aux enfants adultérins l'accès de la légitimation. Toutefois, celle-ci n'était autorisée au profit de ces enfants que dans deux cas. Pouvaient désormais être légitimés par le mariage subséquent de leur père et mère et dans l'acte même de célébration : 1^o les enfants qui étaient nés plus de trois cents jours après l'ordonnance du président du tribunal prévue par l'article 878 C. Prov. civ. intervenue entre celui de leurs auteurs qui était antérieurement dans les liens d'un précédent mariage et son conjoint, lorsque cette procédure avait abouti à la séparation de corps ou au divorce, ou avait été interrompue par le décès de l'autre conjoint ; 2^o l'enfant né pendant le mariage et désavoué par le mari.

La loi du 30 décembre 1915 a ajouté un troisième cas de légitimation des enfants adultérins : celui des enfants adultérins du mari quand il n'y a pas d'enfants du mariage.

Il y a donc aujourd'hui trois cas de légitimation des enfants adultérins. Examinons-les successivement.

Ces hypothèses ont un caractère exceptionnel. La légitimation des enfants adultérins est, en effet, plus grave que

celle des enfants naturels simples, car elle peut avoir des résultats scandaleux. C'est un terrain sur lequel il convient de n'avancer qu'avec beaucoup de prudence. Si l'on reconnaît que le législateur s'est renfermé dans de justes limites on ne peut nier qu'il serait dangereux d'aller plus loin dans cette voie.

PREMIER CAS. — « Les enfants nés du commerce adultérin de la mère lorsqu'ils sont désavoués par le mari ou ses héritiers. »

Cette première hypothèse ne comporte pas de difficulté. Une femme mariée a eu, au cours de son mariage, un enfant qui a été désavoué par le mari ou par les héritiers de ce dernier. On sait qu'aux termes de l'article 317 l'action en désaveu appartient aux héritiers ou autres successeurs à titre universel du mari lorsque celui-ci jouissait encore, lors de son décès, du droit de l'exercer. Supposons donc que la mère dont l'enfant a été désavoué, se remarie, après divorce ou après décès du mari, avec le père de l'enfant. Elle pourra le reconnaître et le légitimer au moment de la célébration de ce mariage.

DEUXIÈME CAS. — « Les enfants nés du commerce adultérin du père ou de la mère lorsqu'ils sont réputés conçus à une époque où le père et la mère avait un domicile distinct en vertu de l'ordonnance rendue conformément à l'article 878 du code de procédure civile et antérieurement à un désistement de l'instance, au rejet de la demande ou à une réconciliation judiciairement constatée. »

« Toutefois, la reconnaissance et la légitimation pourront
« être annulées si l'enfant a la possession d'état d'enfant
« légitime. »

Un homme est marié. Une procédure de séparation de corps ou de divorce intervient et une ordonnance autorise les époux à avoir un domicile séparé. Si la femme met au monde un enfant trois cents jours après cette ordonnance, il peut être désavoué par le père. On rentre alors dans le premier cas de légitimation des enfants adultérins. Mais si l'enfant n'a pas été désavoué et que, à un moment donné, le véritable père épouse la mère, il sera légitimé. D'où une situation singulière : l'enfant, étant légitimé et, d'autre part, n'ayant pas été désavoué, aurait deux pères légitimes : le mari de la mère et son véritable père. Aussi la loi a-t-elle décidé que le mariage de ce dernier fera, de plein droit, tomber le lien de filiation supposé entre cet enfant et le mari de sa mère.

Il faut signaler ici la controverse qui s'est élevée à ce sujet. Pour que l'enfant conçu postérieurement à l'ordonnance du président, autorisant sa mère à avoir un domicile séparé, puisse être légitimé par le mariage subséquent de la mère avec son complice, est-il nécessaire que cet enfant ait été désavoué par le précédent mari ?

Dans une opinion, on a estimé que le premier mari devait avoir désavoué l'enfant. Plusieurs tribunaux se sont prononcés en ce sens (1). Même après qu'elle a été autori-

(1) Trib. civil de Ruffec, 21 juin 1911, Dalloz, 1912, 2, 346. — Trib. civil de Nogont-le-Rotrou, 2 fév. 1912, Dalloz, 1913, 2, 84.

sée par ordonnance à avoir un domicile séparé, disent les partisans de ce système, la femme reste l'épouse légitime de son mari, et c'est celui-ci qui, en vertu de l'article 312 c. c. est présumé être le père des enfants alors conçus. Pour pouvoir légitimer cet enfant par le mariage subséquent de la mère avec son complice, il faut reconnaître à la mère le droit d'obliger son premier mari à désavouer l'enfant, et d'intenter, à cet effet, une action en contestation de légitimité analogue à celle que l'article 325 accorde aux intéressés qui veulent s'opposer à une recherche de maternité en justice.

J'estime qu'il faut rejeter cette manière de voir. Ici la loi a précisément en vue l'hypothèse où l'enfant n'a pas été désavoué par le mari car, s'il y a désaveu, on rentre dans le premier cas de légitimation. Le texte nouveau décide que le mariage du véritable père de l'enfant avec la mère fera tomber, *ipso jure*, le lien de filiation supposé et la présomption de paternité entre l'enfant et le mari de sa mère. L'enfant qui naît plus de trois cents jours après l'ordonnance du président autorisant la femme à avoir un domicile séparé est légitimé par le mariage subséquent de la mère avec son complice, même s'il n'a pas été désavoué par le premier mari. La maxime *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* cesse de protéger l'enfant, et, par conséquent, l'action en désaveu intentée par le premier mari ne serait

même plus recevable, ou tout au moins serait superflue. Cette opinion, absolument conforme au texte de la loi, a d'ailleurs prévalu en jurisprudence et en doctrine (1).

On voit alors naître une autre question. Quelle est la filiation de l'enfant né plus de trois cents jour saprès l'ordonnance si la femme ne s'est pas mariée postérieurement avec son complice, ou si, lors de ce mariage, l'enfant n'a pas été reconnu au moment de la célébration? En poussant jusqu'à son extrême conséquence logique l'idée que la présomption de paternité cesse d'être applicable à cet enfant, on devrait décider que celui-ci est un enfant adultérin, sans père connu, et c'est à cette solution qu'aboutit l'auteur de la dissertation sous l'arrêt de Bordeaux du 24 juillet 1911. Mais n'est-il pas préférable d'interpréter restrictivement l'exception apportée à la présomption de paternité? Cette présomption ne cesserait d'exister que par l'effet d'un mariage subséquent accompagné de reconnaissance. Car un tel mariage est la condition indispensable de l'exception apportée à la règle *Pater is est...* L'enfant devra donc être présumé né du premier mariage, sauf au prétendu père à le désavouer conformément à l'article 313 du code civil.

Il importe aussi de préciser de quelle façon seront calculés, selon les cas, les délais de 180 jours et de 300 jours qui serviront à déterminer : 1^o si la période légale de

(1) Bordeaux, 24 juillet 1911, Dalloz, 1912, 2, 346, et la dissertation sous cet arrêt.

conception est bien postérieure à la date de l'ordonnance qui attribue aux époux un domicile séparé ; 2° en cas de désistement, de rejet de la demande ou de réconciliation judiciairement constatée, si la conception est antérieure à l'un de ces événements.

Il échet à cet égard de s'inspirer de la circulaire du Garde des Sceaux du 11 janvier 1916 relative à l'application de la loi du 30 décembre, qui, posant les principes, s'exprime ainsi :

« A) Ne peut être légitimé, en vertu de la disposition
« envisagée, qu'un enfant dont la légitimation serait éven-
« tuellement susceptible, eu égard à la date de sa concep-
« tion, de faire l'objet d'un désaveu, ou un enfant non
« réputé légitime.

« B) Il faut que la date de conception de cet enfant se
« rattache à une époque où son auteur, bien qu'engagé
« dans les liens d'un mariage, avait un domicile séparé de
« son conjoint. »

« L'application de ces données conduit, notamment, à
« envisager dans la pratique les hypothèses suivantes :

« 1° Un enfant naît d'une femme mariée, en instance de
« divorce ou de séparation de corps plus de 300 jours après
« l'ordonnance prévue par l'article 878 du code de procé-
« dure civile ; puis intervient le divorce, la séparation de
« corps ou le décès du conjoint.

« Cet enfant adultérin peut être légitimé.

« 2° Même hypthèse, mais suivie d'un désistement de la
« demande en divorce ou en séparation de corps, d'un rejet

« de cette demande ou d'une réconciliation judiciairement
« constatée.

« L'enfant peut être légitimé s'il est né plus de 300 jours
« après l'ordonnance prévue par l'article 878 du code de
« procédure civile, et moins de 100 jours depuis le désis-
« tement, le rejet de la demande, la réconciliation judi-
« ciairement constatée, circonstances considérées par le
« législateur comme constituant une présomption de re-
« prise de la vie commune.

« 3° Un enfant naît d'une femme mariée moins de
« 300 jours depuis l'ordonnance qui a permis aux époux
« d'avoir un domicile séparé.

« Dans ce cas, l'enfant est légitime et ne pourrait être
« l'objet d'un désaveu de la part du mari, fondé sur l'ar-
« ticle 313 du code civil, puisque, d'après cet article,
« celui-ci ne peut désavouer l'enfant que s'il est né 300
« jours après l'ordonnance.

« Inversement, mais encore pour la même raison, si
« l'enfant naît plus de 180 jours après la reprise de la vie
« commune, il ne peut être légitimé, car, aux termes de
« l'article 313, le mari ne peut désavouer l'enfant que s'il
« est né moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la
« demande ou depuis la réconciliation.

« 4° Un enfant né d'un homme marié et d'une femme
« libre de liens conjugaux alors que l'homme marié est
« engagé dans une instance en divorce ou en séparation de
« corps, mais après l'ordonnance rendue conformément à
« l'article 878 du code de procédure civile.

« S'il naît plus de 300 jours après cette ordonnance,
« l'hypothèse est identique à celle qui est prévue sous le
« n° 1.

« Mais il suffirait que l'enfant fût né 180 jours au moins
« après l'ordonnance pour qu'il fût présumé conçu pen-
« dant la période que l'on peut appeler « favorable à la
« légitimation ». En effet, le lien conjugal est relâché, les
« époux vivant séparément, et, d'autre part, l'enfant en
« question, né d'une femme libre de liens conjugaux n'est
« pas couvert de ce chef par une autre présomption de pa-
« ternité. Il est évident du reste qu'aucune reprise de la
« vie commune entre les époux ne doit être intervenue
« avant la date de la conception. »

La circulaire ministérielle, dont je viens de reproduire les termes, fait enfin observer que toutes les autres hypothèses qui peuvent se présenter sur l'application du deuxième cas de légitimation sont susceptibles d'être résolues soit par elles-mêmes, soit par la combinaison des hypothèses précédemment analysées.

TROISIÈME CAS. — « Les enfants nés du commerce
« adultérin du mari, dans tous les autres cas, s'il n'existe
« pas, au moment du mariage subséquent, d'enfants ou de
« descendants légitimes issus du mariage au cours duquel
« l'enfant adultérin est né ou a été conçu. »

Un mari a, pendant le mariage, un enfant d'une autre femme que la sienne. Cet enfant adultérin peut-il être légitimé ? Une distinction est nécessaire.

Si le mari, veuf ou divorcé, épouse la mère de l'enfant, la légitimation ne se produira pas s'il existe à ce moment des enfants ou descendants légitimes du premier mariage. Cette restriction s'impose. Il serait, en effet, immoral de mettre dans la même situation les enfants adultérins et les enfants nés du mariage.

La légitimation s'opérera, au contraire, s'il n'y a pas de descendants du précédent mariage. Dans ce cas, le côté immoral disparaît et il ne peut s'agir d'un préjudice causé à des enfants légitimes.

La preuve qu'il n'existe pas d'enfants légitimes issus de la première union doit-elle être imposée à l'époux précédemment engagé dans les liens d'un mariage? Une telle preuve de caractère négatif, se heurterait à des obstacles certains. La loi n'a, d'ailleurs, pas prévu de quelle manière elle serait administrée. On ne peut songer à la preuve testimoniale corroborant la déclaration de l'intéressé. Il est clair que tel n'est point le rôle des témoins déclarants. Faudrait-il recourir à un acte de notoriété? Nnn, car, ainsi que le déclare la circulaire ministérielle, les actes de notoriété sont eux-mêmes dressés dans des formes variables selon les cas : tantôt ils sont soumis à une homologation de justice, tantôt ils en sont dispensés. Ce serait ajouter à la loi que d'imposer des formalités de cette nature. Il apparaît donc, ajoute la circulaire, que, sous réserve de prévoir ultérieurement des garanties spéciales, si la pratique révélait des abus, l'officier de l'état civil pourra, en l'état actuel, se borner à en-

registrar la déclaration de l'intéressé, certifiant qu'il n'existe pas, au moment du mariage subséquent, d'enfants ou de descendants légitimes issus du mariage au cours duquel l'enfant adultérin a été conçu.

D'ailleurs les déclarations inexactes rendraient possible l'exercice d'une action en annulation de reconnaissance et légitimation que les intéressés pourraient facilement soutenir en administrant la preuve positive de l'existence d'un enfant issu du premier mariage.

Si la légitimation d'un enfant adultérin avait eu lieu en dehors des cas prévus par la loi, la nullité en pourrait être demandée par toute personne intéressée. Un intérêt moral et de famille suffirait pour rendre cette demande recevable. C'est ce qui avait déjà été jugé avant les lois de 1907 et de 1915 à l'égard de la légitimation d'enfants adultérins contre lesquels une action en désaveu avait été admise (1).

Pour que la légitimation de ces enfants adultérins se produise, dans les cas indiqués, il faut, de même que pour les enfants naturels simples, une double condition : la reconnaissance de l'enfant et le mariage des parents. Le législateur a rencontré ici un obstacle provenant de ce que seuls, jusqu'alors, les enfants naturels simples pouvaient être reconnus. Il a dû permettre la reconnaissance des enfants adultérins. Mais cette reconnaissance n'obéit pas à la même règle que celle des enfants naturels simples ; ceux-

(1) Paris 16 juillet 1902. Dalloz 1906-2-450.

ci, en effet, peuvent être reconnus soit avant le mariage, soit au moment même de la célébration du mariage. Le nouvel article 331, § 3, est formel à cet égard. « Les enfants adultérins sont légitimés dans les cas suivants par le mariage subséquent de leurs père et mère lorsque ceux-ci les reconnaissent au moment de la célébration du mariage. » La reconnaissance est forcément concomitante au mariage.

Disposition transitoire.

Il reste à mentionner la disposition transitoire qui forme le dernier paragraphe de la loi de 1915 :

« Les enfants adultérins se trouvant dans les conditions prévues par les dispositions qui précèdent et dont les père et mère auront contracté mariage avant la promulgation de la présente loi pourront être, de la part de ceux-ci, dans le délai de deux ans à partir de cette promulgation, l'objet d'une reconnaissance qui emportera légitimation dans les conditions prévues par la présente loi. »

C'est un cas de légitimation produite par une reconnaissance *post nuptias*. Il importait de régler la situation des enfants adultérins qui ne pouvaient jadis être légitimés et qui, à cette heure, sont susceptibles d'être appelés à ce bénéfice. Le mariage des parents ayant été célébré avant la promulgation de la loi nouvelle, ceux-ci n'ont pu reconnaître leur enfant. Aussi est-il accordé aux père et mère un délai de deux années pour reconnaître leurs enfants adultérins.

Le texte ajoute que cette reconnaissance « emportera « légitimation dans les conditions prévues par la présente « loi ». Que faut-il entendre par là ? La condition prévue par la loi pour la légitimation des enfants adultérins, c'est la reconnaissance concomitante au mariage. Or, par hypothèse, cette reconnaissance n'a pu avoir lieu. Il semble dès lors que la loi se réfère aux conditions qu'elle a exigées pour qu'une reconnaissance postérieure au mariage entraîne légitimation. Il faudra donc un jugement du tribunal après enquête sur la possession d'état de l'enfant. Cependant la circulaire ministérielle ne considère pas qu'un jugement soit nécessaire.

*Reconnaissance et légitimation par procuration reçue
aux Armées.*

On sait que les militaires présents sous les drapeaux sont autorisés à contracter mariage par procuration. Ils peuvent, dans les formes prévues par la loi du 4 avril 1915, donner à leur mandataire les pouvoirs nécessaires pour reconnaître et légitimer un enfant naturel ou un enfant adultérin dans les cas admis par la loi.

L'officier de l'état civil devra alors recevoir la déclaration du mandataire ayant pour objet la reconnaissance et la légitimation, par acte distinct de celui de la célébration du mariage.

« Il sera également loisible, ajoute la circulaire ministérielle, à un militaire présent sous les drapeaux, qui

« aurait déjà contracté mariage avec la mère d'un enfant
« adultérin, avant la promulgation de la loi nouvelle, de bé-
« néficiaire, dans les cas où la légitimation est admise, de la
« disposition transitoire de cette loi, en donnant à un tiers,
« dans les formes prévues par la loi du 8 juin 1893, une
« procuration à l'effet de passer les déclarations nécessaires
« pour légitimer l'enfant ».

§ 2. — *Enfants incestueux.*

Les lois de 1907 et 1915 autorisent la légitimation des enfants incestueux lorsque le mariage entre leurs auteurs est permis en vertu d'une dispense.

Antérieurement à ces lois, la question était controversée.

La Cour de cassation (1) n'hésitait pas à décider que l'enfant né de personnes entre lesquelles le mariage est prohibé pour cause de parenté ou d'alliance, par exemple d'un oncle et d'une nièce, d'un beau-frère et d'une belle-sœur, se trouve légitimé lorsque ses parents contractent mariage ensemble, après avoir obtenu des dispenses conformément à l'article 164 du code civil. Pour la Cour suprême l'article 331 signifiait que seuls ne pouvaient bénéficier de la légitimation les enfants nés de personnes pour lesquelles le mariage est interdit.

Cette jurisprudence n'avait pas triomphé sans opposition.

(1) Cassation, 22 janvier 1867, trois arrêts Dalloz, 1867, 1, 5. Cassation, 27 janvier 1874. Dalloz, 1874, I. 216.

Un arrêt de la Cour de Colmar, du 13 mars 1866, s'était nettement prononcé dans le sens de la prohibition absolue de la légitimation des enfants incestueux (1). Mais sa décision fut, à la date du 22 janvier 1867, cassée par la Cour de cassation qui affirma encore son interprétation dans l'arrêt du 27 janvier 1874 :

« Attendu qu'il résulte des termes et de l'esprit de l'article 331 que la prohibition de légitimer par mariage subséquent des enfants incestueux ne s'applique qu'aux enfants nés de personnes entre lesquelles le mariage est absolument interdit, ou qui n'ont pas obtenu du Gouvernement l'autorisation de le contracter (2) ».

Le motif qui inspirait la Cour suprême, c'est que l'obstacle qui sépare les deux époux n'est pas absolu, puisqu'il peut être levé par le Chef de l'Etat. Il serait alors souverainement injuste et même illogique de continuer à traiter comme des bâtards incestueux des enfants dont les parents ont contracté une union légitime. La condition de l'enfant, ajoutait-on, si l'on interprétait autrement la loi, dépendrait souvent de la ponctualité des employés de la chancellerie à faire parvenir les dispenses aux intéressés.

La doctrine, en général, combattait avec raison la jurisprudence comme ouvertement contraire au texte de l'ancien article 331 : « Pourront être légitimés les enfants nés hors mariage autres que ceux nés d'un commerce incestueux ».

(1) Colmar 13 mars 1866. Dalloz 1866, 2, 60.

(2) Sirey, 1874, 1, 108 et Dalloz, 1874, 1, 216.

« tueux ou adultérin. » Cette restriction était formelle. Le seul cas où la prohibition du texte pouvait empêcher la légitimation d'un enfant incestueux était celui où ses parents se mariaient après avoir obtenu des dispenses. L'article 331 n'était évidemment pas écrit pour empêcher la légitimation d'un enfant né d'un inceste entre frère et sœur ou entre père et fille. N'était-il pas évident, en effet, que la loi n'avait pas à prohiber cette légitimation, puisque le mariage des père et mère de l'enfant était impossible. La distinction de la Cour de cassation en arrivait donc à supprimer une partie de l'article 331 et à refaire la loi.

La doctrine s'appuyait sur le terrain solide du texte. Mais la jurisprudence avait pour elle des considérations de logique et d'humanité ; il n'en est pas moins vrai qu'elle violait la loi. En 1872, une proposition de loi déposée à l'Assemblée Nationale tendant à modifier l'article 311 pour le mettre d'accord avec la Jurisprudence, avait été écartée comme inutile en présence de la jurisprudence de la Cour de cassation. C'était approuver, ce qui n'est pas sans danger, le juge faisant la loi.

La nouvelle rédaction de l'article 331 a effacé toute cette discussion. Son paragraphe 1^{er} porte en effet : « Les « enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un « commerce adultérin, sont légitimés ». L'exception visant les enfants incestueux est supprimée. La légitimation de ces enfants résulte donc du mariage de leurs parents et elle s'opère, comme celle des enfants adultérins par une reconnaissance au moment de la célébration du mariage.

Reste seule prohibée la légitimation des enfants incestueux dont les parents ne peuvent, soit en droit, soit en fait, obtenir les dispenses nécessaires à leur mariage. C'est, en somme, l'ancien système de la Cour de cassation, si justement critiqué, qui a été admis et consacré par le législateur.

Il reste à apprécier la double loi qui a modifié d'une manière si profonde, les principes de la légitimation.

Cette législation ne soulève aucune critique en ce qui concerne les enfants incestueux. Il était juste et logique de permettre la légitimation de ceux de ces enfants dont les parents peuvent obtenir les dispenses nécessaires à leur mariage. L'intérêt social n'exige nullement que ces enfants soient traités avec rigueur alors que les parents se sont réhabilités par une union sanctionnée par la loi.

Mais il convient d'examiner plus attentivement la loi en ce qui concerne la légitimation des enfants adultérins.

La loi du 15 décembre 1904, en abrogeant l'article 298 du code civil, qui interdisait au conjoint divorcé de se remarier avec son complice, devait avoir une répercussion sur l'article 331 du code civil ; et elle fut effectivement consacrée par la loi du 7 novembre 1907. Tandis que l'article 331 du code civil interdisait toute légitimation des enfants adultérins, la loi du 7 novembre 1907 autorisait cette légitimation, ainsi, que nous l'avons vu, dans deux hypothèses.

Cet ancien article 331, quelque sévère qu'il fût, était logique et en harmonie avec l'article 298 du code civil qui

interdisait au conjoint divorcé de se remarier avec son complice. Le nouvel article 331, rédigé en 1907, sans oser aller jusqu'à autoriser la légitimation des enfants adultérins dans tous les cas, consacrait un système mixte qui était l'objet d'assez vives critiques. M. Maxime Lecomte, dans son rapport au Sénat du 21 décembre 1912, faisait ressortir ces conséquences dans les termes suivants :

« Prenons des exemples : A) Primus, de Paris, épouse
« Prima, d'Alger ; le couple s'établit à Paris ; au
« bout de peu de temps le ménage est troublé, et, sans
« séparation judiciaire, les époux vivent chacun de son
« côté, Prima retournant à Alger, et Primus restant à
« Paris. Primus prend une maîtresse dont il a des enfants.
« Quelques années après, il apprend que sa femme a, de
« son côté, des enfants. Il les désavoue et triomphe dans
« son action. Puis, le divorce est prononcé et les deux cou-
« ples adultérins régularisent leur situation par un nou-
« veau mariage. Prima pourra légitimer ses enfants, parce
« qu'ils ont été désavoués, tandis que Primus ne pourra
« légitimer les siens.

B), Primus, marié à Prima, est l'amant de Secunda,
« mariée à Secundus, marin en expédition lointaine. Un
« enfant naît de Secunda et peut être considéré comme dou-
« blement adultérin. Secundus rentre en France et dé-
« savoue l'enfant. A la suite de ce scandale, les deux cou-
« ples divorcent. Si Primus épouse Secundus, on peut sou-
« tenir qu'ils pourront légitimer leur enfant, la loi de 1907
« ayant procédé non par élimination, mais par énonciation,

« et la condition du désaveu s'étant réalisée. Mais si Primus, « au lieu d'être l'amant d'une femme mariée avait eu pour « maîtresse une femme célibataire ou veuve, il n'aurait pas « pu légitimer l'enfant né de leurs relations. La loi de « 1907 apparaîtrait, en ce cas, comme plus favorable aux « adultérins doubles qu'aux adultérins simples. »

Ces observations étaient très justes. La loi de 1915 a consacré un système plus ou moins en harmonie avec la logique tout en n'autorisant que sous certaines conditions la légitimation des enfants adultérins.

Aussi M. Violette, dans son rapport à la Chambre des députés du 15 décembre 1915, a-t-il soutenu que cette loi n'aboutit pas encore à des conséquences satisfaisant pleinement la raison.

« Après la promulgation de la loi, dit-il, il y aura « encore une catégorie d'enfants qui ne pourra pas être « légitimée, ce sont ceux qui, adultérins quant au père, « seraient susceptibles de préjudicier, par leur légitima- « tion, aux enfants nés d'un précédent mariage. Voilà « une femme, elle a été mariée et elle a des enfants. Au « cours de son mariage, elle a des enfants adultérins « désavoués par son mari ; si elle est devenue libre, elle « se marie avec son complice, elle pourra légitimer ses « enfants, malgré la présence de ceux du premier ma- « riage. Seulement, si nous renversons les rôles, les en- « fants du précédent mariage deviennent tout d'un coup « un obstacle irrémédiable, à moins pourtant que les se- « conds aient été conçus par le père plus de 180 jours

« après l'ordonnance de l'article 878 du code de procé-
« dure civile, car alors les premiers enfants ne comptent
« plus... En réalité, le Sénat aurait voulu exclure la légi-
« timation par mariage subséquent dans tous les cas,
« lorsqu'il y avait des enfants d'un précédent mariage,
« seulement il se trouvait en présence de la loi de 1907.
« Or, en 1907, le texte ne distinguait pas... En définitive,
« dans toute l'hypothèse de la loi de 1907, le Sénat main-
« tient la légitimation, qu'il y ait ou non des enfants d'un
« précédent mariage. Dans toute l'hypothèse de ce qui va
« être, au contraire, la loi de 1915, le Sénat interdit la
« légitimation, s'il y a des enfants d'un précédent ma-
« riage. Cela ne paraît soutenable ni en fait, ni en droit. »

Il est certain que le système légal relatif à la légitima-
tion des enfants adultérins ne paraît point parfaitement
rationnel. Mais admettre d'une manière absolue la légiti-
mation des adultérins, supprimer entièrement le principe
de la prohibition de leur légitimation, ne serait-ce pas
faire disparaître en quelque sorte la distinction nécessaire
entre la filiation légitime et la filiation naturelle ? Il im-
porte, on le sait, à l'ordre familial et social de maintenir
une différence entre les enfants nés dans le mariage et les
enfants nés hors mariage, et, d'autre part, entre les en-
fants naturels simples et les enfants adultérins.

Aussi estimé-je que, malgré ses imperfections logiques,
le législateur de nos jours a concédé d'une manière
suffisamment large aux enfants adultérins le bénéfice de
la légitimation. De très bons esprits prétendent même

qu'il est sorti des limites de la prudence. Il n'est pas douteux, en effet, que, en octroyant avec libéralité la possibilité de légitimer le fruit de relations adultères, le Parlement a affaibli le lien conjugal, déjà bien fragile depuis le rétablissement du divorce, et favorisé inconsciemment la violation du devoir de fidélité entre les époux. L'institution du mariage en est ainsi ébranlée. Et cependant, l'adultère est inscrit comme un délit dans les lois.

SECTION II. — Enfants décédés.

S'il est tout naturel que la légitimation ait lieu pendant la vie de l'enfant, il semble, au contraire, qu'elle soit impossible quand il est mort, parce qu'on ne voit pas comment on conférerait une qualité nouvelle à une personne qui n'existe plus.

Cependant l'article 332 dispose que la légitimation est encore permise lorsque l'enfant naturel décédé a laissé des enfants légitimes ou légitimés. « L'équité, dit Bigot-Préameneu, prescrit cette mesure. » Elle profite alors à ses descendants.

Ces derniers jusqu'à la légitimation ne pouvaient exercer que les droits de l'enfant naturel décédé qu'ils représentaient ; par suite, ils n'avaient sur la succession des aïeux que les droits restreints d'un enfant illégitime. De plus, la parenté naturelle étant limitée au premier degré,

ils n'avaient aucun droit à l'égard des autres membres de la famille. Grâce au bienfait de la légitimation, l'enfant décédé étant réputé légitime, ses descendants entrent eux-mêmes dans la famille et leurs droits de succession sont aussi étendus que si leur père avait été légitimé de son vivant.

On s'accorde d'ailleurs à reconnaître, malgré le silence de l'article 332, que les descendants de l'enfant décédé ne profiteraient pas de sa légitimation s'ils étaient eux-mêmes des enfants naturels non légitimés. Ils seraient restés étrangers à la famille légitime de leur père si celui-ci avait été légitimé de son vivant ; à plus forte raison la porte de cette famille leur sera-t-elle fermée par une légitimation posthume.

Une question non moins importante se pose. L'existence de descendants de l'enfant décédé est-elle une condition essentielle en l'absence de laquelle cette légitimation ne saurait s'opérer ?

Rationnellement on peut concevoir une légitimation posthume, aussi bien lorsque l'enfant naturel n'a pas laissé de descendants que s'il est décédé ayant une postérité légitime ou légitimée. Les père et mère peuvent considérer comme un devoir, tant vis-à-vis d'eux-mêmes qu'envers la mémoire de leur enfant, de légitimer celui-ci.

En droit positif la question est délicate. Le même problème s'est posé au sujet de la reconnaissance intervenant dans les mêmes circonstances. Voyons pour cette dernière quelle a été la solution adoptée.

Un certain nombre d'auteurs et quelques arrêts se prononcent contre la possibilité d'une reconnaissance lorsque l'enfant naturel est décédé sans postérité (1). D'autres ont admis la reconnaissance, mais en décidant qu'elle ne confère à son auteur aucun droit sur la succession de l'enfant (2). Des jurisconsultes ont estimé que la vocation héréditaire devait être refusée au père seulement, mais non à la mère qui établit sa maternité conformément à l'article 341 c. c. Il en est quelques autres qui ont enseigné que la reconnaissance valable en principe, devrait être considérée comme non avenue si le père ou la mère l'avait faite dans l'unique dessein de se créer des droits de succession sur les biens délaissés par l'enfant reconnu (3).

Mais ces opinions n'ont pas prévalu. D'après la doctrine qui a triomphé en jurisprudence la reconnaissance d'un enfant naturel après son décès doit, sans distinction, être réputée valable et conférer à son auteur tous les avantages qui y sont attachés par la loi. Sans doute cette reconnaissance doit être faite de bonne foi et les juges ont le pouvoir d'apprécier la sincérité de l'acte. En particulier la re-

(1) Delvincourt, tome I, page 91, note 6. Massey, 26 juillet 1830. Dalloz, répert... V. *filiation*, n° 509, 2, Paris, 26 avril 1852. Dalloz, 1852, 2, 181.

(2) Paris, 25 mai 1835. Dalloz, répert. V. *filiation*, n° 509. Pau, 9 juillet 1844. Dalloz, 45, 2, 37. Duranton, tome III, n° 265.

(3) Aubry et Rau, t. 6, § 568, texte et note 32. Demante et Colmet de Santerre, tome II, n° 62 bis.

connaissance devrait être déclarée non sincère et la pétition rejetée si les circonstances de la cause démontraient qu'elle n'a été dictée que par la cupidité et qu'elle couvre une spéculation intéressée. Ainsi, un demandeur qui, du vivant de l'enfant, n'aurait pourvu ni à ses besoins, ni à son éducation, n'aurait manifesté à son égard aucun sentiment d'affection, et n'aurait procédé à la reconnaissance qu'au lendemain de l'inventaire de sa succession dressé à la requête de l'enregistrement, serait mal venu, bien qu'il ait épousé la mère de l'enfant, à invoquer les effets légaux de cette reconnaissance (1). Mais, faite de bonne foi, la reconnaissance d'un enfant naturel après son décès est parfaitement valable et produit toutes ses conséquences (2).

Si l'on admet ainsi la reconnaissance de l'enfant naturel décédé sans postérité, on se demande pourquoi on écarterait la même solution en matière de légitimation, alors que celle-ci est une conséquence du mariage.

La question toutefois ne va pas sans difficulté. La reconnaissance et la légitimation, objecte-t-on, ne sont pas des institutions soumises aux mêmes principes et l'on ne saurait conclure de la possibilité de l'une à la possibilité de l'autre. La légitimation est, en effet, une faveur attribuant à l'enfant, un état nouveau, alors que la reconnaissance, simplement déclarative, se borne à révéler un lien naturel,

(1) Rouen, 20 décembre 1899. Dalloz, 1901, 2, 71.

(2) En ce sens : Paris, 1876. Sirey, 77, 2, 19.

une filiation existante. Il y a, en outre, un argument de texte très puissant. L'article 332 dispose que la légitimation a lieu même en faveur des enfants décédés ayant laissé des descendants. Donc la légitimation ne se produira pas si l'enfant meurt sans postérité.

Malgré cette double objection, il faut se ranger à l'opinion qui conclut à la validité de la légitimation posthume de l'enfant décédé sans postérité, pourvu qu'elle soit sincère et conforme à la vérité. Elle a sa raison d'être. Ainsi que nous l'avons vu, les père et mère peuvent considérer cette légitimation comme un devoir non seulement vis-à-vis de leur conscience, mais aussi à l'égard de la mémoire de leur enfant. C'est là une considération morale que l'on ne doit pas négliger.

CHAPITRE III

DES EFFETS DE LA LÉGITIMATION

L'enfant légitimé acquiert la dignité d'enfant légitime. Aux termes de l'article 333, les enfants légitimés ont les mêmes droits que s'ils étaient nés du mariage. Ils possèdent donc tous les droits de la filiation légitime, tant au regard de leurs père et mère, qu'au regard de tous les membres de la famille, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale (article 725). La loi ne fait aucune distinction entre les enfants légitimés et les enfants légitimes.

Cependant l'assimilation qui se produit alors entre eux ne rétroagit pas. Elle s'effectue seulement à partir du mariage, sans remonter au jour de la naissance de l'enfant. C'est celle-ci qui est fixée au jour de la célébration du mariage. En d'autres termes, l'enfant est conçu illégitime et reste tel jusqu'au jour du mariage.

La légitimation ne rétroagissant ni au jour de la conception, ni au jour de la naissance, l'enfant légitimé ne peut élever aucune prétention sur les successions des membres de la famille ni sur les autres droits qui se sont ouverts avant le mariage. Exemple : un homme a un

enfant naturel. Il épouse une femme qui n'est pas la mère de cet enfant, et a de cette union deux fils. L'un d'eux meurt et le père devenu libre se marie ensuite avec sa concubine, en légitimant son enfant naturel. Ce dernier n'hérite pas de son frère consanguin décédé.

On peut rapprocher cette situation de celle déjà dégagée au sujet des enfants nés pendant le mariage, mais conçus auparavant. On sait que ces enfants sont légitimes en vertu d'une fiction de légitimation. Ils ne peuvent pas non plus se prévaloir de leur légitimité pour revendiquer une succession ouverte avant le mariage de leurs auteurs, car avant la célébration de ce mariage ils étaient enfants naturels. Leur situation est donc la même que dans l'hypothèse ci-dessus.

L'absence de rétroactivité produit d'autres conséquences intéressantes. Dans le cas où, depuis la conception des enfants naturels, mais avant l'union qui les a légitimés, il a existé un mariage intermédiaire, dont la dissolution a rendu possible l'union de leurs père et mère, l'enfant issu du mariage intermédiaire, quoique moins âgé est réputé l'aîné, et bénéficie des avantages du droit d'aînesse. Cette conséquence présentait de l'intérêt autrefois, notamment en ce qui concernait les substitutions qui avaient pu être faites en vertu de la loi du 17 mai 1826 au profit de l'aîné des enfants du grevé, ou encore en ce qui concernait les majorats qui ont subsisté jusqu'à la loi du 22 avril 1906.

Si plusieurs enfants naturels sont légitimés en même temps, c'est le plus âgé qui sera l'aîné.

D'une manière générale, on a décidé que la légitimation par mariage subséquent d'un enfant naturel, que l'époux avait eu avant un premier mariage, ne peut nuire aux enfants nés de ce précédent mariage (1).

Sous la réserve de l'absence de rétroactivité, la situation des enfants légitimés est donc de tous points semblable à celle des enfants légitimes. C'est là le but même de la légitimation. La légitimité de l'enfant est l'objectif et la récompense des concubins qui transforment leur union en mariage. Cette légitimité donne aussi à l'enfant un foyer plus stable, plus digne et plus considéré, une place régulière dans la société, une éducation mieux assurée.

La légitimation confère aux père et mère de l'enfant légitimé les mêmes devoirs et les mêmes droits que ceux qui appartiennent aux parents relativement aux enfants nés dans le mariage.

Par l'effet de la légitimation, les père et mère sont investis, mais à partir du mariage seulement, du droit de jouissance légale. On sait qu'en ce qui touche les enfants naturels, la jouissance légale appartient à celui des parents qui exerce la jouissance paternelle, à celui qui a reconnu l'enfant naturel le premier. Lorsque cet enfant est légitimé, on applique la règle qui régit les enfants nés dans le mariage. L'usufruit légal appartient donc désormais au père durant le mariage et, à sa dissolution, au survivant des père et mère pour l'exercer dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un enfant né dans le mariage.

(1) Lyon, 17 mars 1863. Sirey, 1863, 2, 205.

L'assimilation se produit également en matière de succession. Notamment il doit être tenu compte de l'enfant légitimé dans le calcul de la quotité disponible.

Enfin, en matière de libéralité, la légitimation entraîne la révocation pour survenance d'enfants des donations antérieures à la naissance de l'enfant légitimé. C'est ce qui résulte de l'article 960 du code civil. La naissance, même suivie de reconnaissance, d'un enfant naturel postérieurement à la donation, ne produit nullement cet effet. Toutefois il tombe sous le sens que la légitimation d'un enfant naturel né depuis la donation n'amène ce résultat qu'autant qu'il s'agit d'une légitimation sérieuse reposant sur une paternité réelle. Aussi le donataire serait-il recevable, pour repousser l'action révocatoire, à prouver que la paternité est fictive et que la légitimation n'est qu'un moyen frauduleux employé pour obtenir l'anéantissement de la donation (1).

(1) Agen, 29 juin 1864. Sirey, 1869, 2, 203.

CHAPITRE IV

CONTESTATION DE LA LÉGITIMATION

La légitimation, nous le savons, s'opère de plein droit. Néanmoins elle peut être contestée. A la vérité, le principe même de la contestation de la légitimation ne va pas sans certaines difficultés qu'il importe d'exposer et de résoudre.

Nous rencontrons, en effet, en cette matière, l'article 322 code civil, qui est ainsi conçu :

« Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre ; et réciproquement nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son acte de naissance. »

Ainsi donc, lorsqu'il y a conformité entre l'acte de naissance et la possession d'état, la réunion de ces deux modes de preuve rend la preuve de la filiation irréfragable. Cette règle se justifie facilement. Lorsqu'un enfant a été déclaré à l'état civil comme né d'un père et d'une mère unis par le mariage et lorsqu'il a toujours joui de la réputation d'être

leur enfant légitime, il est extrêmement probable que l'état de cet enfant est en réalité ce qu'il paraît être. Le législateur a estimé que, dans ces conditions, il convenait d'assurer à de tels enfants une situation inattaquable. Sans doute il peut arriver que des époux présentent à l'officier de l'état civil comme étant né d'eux un enfant qui leur est étranger et qu'ensuite ils l'élèvent et le traitent constamment comme le leur. Mais la rareté d'une pareille situation a autorisé le législateur à n'en pas tenir compte.

L'article 322, c. c., s'oppose-t-il à la contestation de la légitimation ? Nullement, car la règle édictée par ce texte est spéciale à la filiation légitime (1).

L'enfant légitimé est assimilé à l'enfant légitime. Mais en résulte-t-il que l'état de l'enfant légitimé ne puisse pas être attaqué, lorsqu'il présente son acte de naissance et son acte de reconnaissance au moment de la célébration du mariage de ses auteurs, de même que l'état de l'enfant légitime est à l'abri de toute atteinte quand il s'appuie à la fois sur son acte de naissance et sur l'acte de mariage de ses père et mère ? Je ne crois pas l'assimilation possible à ce point de vue.

L'enfant qui a été légitimé ne se trouve pas, en effet, dans la situation prévue par l'article 322 du code civil. Il n'a pas une possession d'état conforme à son titre de naissance. D'abord il a possédé l'état d'enfant naturel qui lui est attribué par son titre — acte de naissance ou acte de reconnaissance, — puis il a eu la possession d'état d'en-

(1) Cassation, 12 février 1868. Dalloz, 68, 1, 60.

fant légitime. Il a donc deux possessions successives et contraires. Par suite, les conditions d'application de l'article dont il s'agit ne se trouvent pas réunies (1). Le bénéfice de ce texte ne peut être étendu aux enfants légitimés.

La situation de l'enfant conçu avant et né depuis le mariage est bien différente. Il naît légitime et a la possession d'état d'enfant légitime qui lui est donné par son acte de naissance. L'article 322 lui est applicable.

Le principe même de la contestation de légitimation étant ainsi établi, dans quelles conditions s'exerce cette action ?

Et d'abord, pour quelles causes la légitimation peut-elle être attaquée ? Elle peut l'être directement ou indirectement. Dans le premier cas, la personne qui conteste la légitimation invoque l'absence de l'une ou l'autre des conditions exigées par la loi. Il s'agit, par exemple, d'un enfant adultérin non susceptible d'être légitimé. Dans le second, on attaque la légitimation en contestant la reconnaissance qui l'a précédée, lorsque celle-ci présente un vice de forme ou de fond (2). La nullité de la reconnaissance entraîne alors nécessairement celle de la légitimation qui en est la conséquence (3).

(1) En ce sens : Douai, 6 juin 1851. Dalloz, 1852, 2, 221. Baudry Lacantinerie et Cheneaux, tome IV, n° 743. Aubry et Rau, t. VI, § 546, note 22.

(2) Paris, 23 juillet 1853. Dalloz, 54, 2, 269. Lyon, 22 mai 1862. Sirey, 1863, 2, 39. Cassation, 17 mai 1870. Dalloz, 70, 1, 241. Cassation, 10 mai 1882. Dalloz, 83, 1, 79.

(3) Voir notamment : Lyon, 22 mai, 1862, précité.

De même que la reconnaissance, la légitimation peut être contestée par tous ceux qui y ont un intérêt légitime (1). La jurisprudence a fait des applications intéressantes de cette règle.

Ainsi, l'auteur d'une légitimation est recevable lui-même à la contester et à en demander l'annulation, en prouvant qu'elle a été mensongère ou est le résultat d'une erreur, d'une violence, et qu'en réalité il n'est pas le père de l'enfant (2).

Inversement sera admise à demander la nullité des reconnaissance et légitimation la personne prétendant être le père naturel de l'enfant qui a été légitimé à son préjudice (3).

L'enfant, nous l'avons vu, est légitimé indépendamment de sa volonté. Mais s'il établit qu'il ne doit pas le jour aux personnes qui l'ont légitimé, il obtiendra l'annulation de la légitimation dont il a été l'objet. Il est évident qu'il triomphera dans son action s'il démontre que la légitimation lui donne un état contraire à son acte de naissance et à sa possession d'état. Il va de soi que sa prétention peut être basée sur d'autres moyens.

Le même droit appartient encore aux héritiers de l'auteur de la légitimation qui peuvent s'appuyer sur un intérêt moral ou pécuniaire (4). Un membre de la famille fon-

(1) Cassation, 17 mai 1870, précité. Cass., 10 mai 1882, précité.

(2) Nîmes, 7 mai 1879. Dalloz, 79, 2, 133.

(3) Cassation, 10 février 1847. D. 47, 1, 49.

(4) Cassation, 10 avril 1825. Dall., 86, 1, 23. Orléans, 14 avril 1886. Dall., 87, 2, 95.

dera sa contestation d'une manière suffisante sur cet intérêt que le nom patronymique qui lui appartient va être désormais porté par l'enfant légitimé (1). Il y a là un intérêt moral basé sur la dignité de la famille et l'honneur du nom. De même un donataire sera admis à contester la légitimation de l'enfant né après la donation pour échapper à la révocation de la libéralité faite à son profit.

Il est clair qu'au contestant, quel qu'il soit, incombe le fardeau de la preuve des faits contraires à la filiation résultant des actes de reconnaissance et de légitimation. C'est l'application pure et simple des règles générales de la preuve, laquelle peut être administrée par témoins et par présomptions.

Est-il nécessaire de dire que les intéressés peuvent voir leur action paralysée par une fin de non recevoir tirée de ce qu'ils ont reconnu, expressément ou implicitement, la filiation de l'enfant ? Ainsi, la jurisprudence décide que la légitimation d'un enfant naturel ne peut être contestée par les parents qui, tout en connaissant le vice de la naissance de cet enfant ont constamment traité cet enfant comme légitime et ont concouru avec lui dans des actes de partage où il figurait en cette qualité (2).

Il ne faudrait toutefois pas prendre pour un acte implicite de filiation certains actes qui ne sauraient avoir cette

(1) Nîmes, 7 mai 1879. Dall., 79, 1, 333. Paris, 14 mars 1895. Dall., 95, 2, 231.

(2) Cassation, 28 novembre 1849. Dall., 50, 1, 113. Bruxelles, 5 août 1854. Dall., 55, 2, 247.

portée. Tel serait, par exemple, le fait par des parents collatéraux d'avoir assisté au mariage des père et mère de l'enfant (1).

L'enfant naturel serait également mal venu à opposer à des collatéraux, contestant sa filiation, des actes extrajudiciaires dans lesquels ils auraient donné à la mère le nom de tutrice légale ; une semblable qualification ne contiendrait reconnaissance tacite de filiation que si l'instance où ces actes ont été produits avait eu directement pour objet l'état de l'enfant ou, du moins, des droits supposant cet état.

Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation a considéré que la présence d'un collatéral à une délibération du conseil de famille où l'enfant est qualifiée de fille légitimée, et qui avait pour but la nomination d'un curateur et l'autorisation d'accepter la succession paternelle n'implique pas, de la part de ce parent, renonciation au droit de contester l'état de l'enfant, dont il n'avait alors aucun intérêt à vérifier la qualité. En tous cas, une telle renonciation, même expresse, ne serait pas opposable aux enfants de ce collatéral qui viennent à la succession d'une tante, ouverte postérieurement à cette renonciation, en vertu de la vocation directe de la loi et non par représentation de leur père prédécédé (2).

Lorsqu'une instance en contestation de légitimation est

(1) Douai, 6 juin 1851. Dalloz, 52, 2, 221.

(2) Cassation, 8 novembre 1870. Dalloz, 73, 1, 124.

engagée contre l'enfant, il n'est pas nécessaire, en principe, qu'il soit pourvu d'un tuteur *ad hoc* (1). Il n'y aurait lieu à la nomination de ce tuteur que si le tuteur ou la tutrice légale de l'enfant avait des intérêts opposés aux siens.

(1) Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, tome IV, n° 742.

CHAPITRE V

LA LÉGITIMATION EN DROIT INTERNATIONAL

La légitimation, comme toute autre institution peut donner lieu à des conflits de lois. Les différentes législations n'admettent pas, en effet, des règles identiques en ce qui concerne les conditions de la légitimation (1).

Tandis que le code civil français connaît seulement la légitimation par mariage subséquent et exige, en principe, la reconnaissance de l'enfant antérieure, concomitante ou postérieure au mariage, d'autres Etats se montrent plus libéraux, ou, au contraire, plus restrictifs.

Il existe dans certaines législations, à côté de la légitimation par mariage subséquent, la légitimation par acte de l'autorité judiciaire ou par rescrit du prince. Il en est ainsi en Italie, en Espagne, en Hollande, en Suisse, en Allemagne et en Autriche.

D'autre part, certaines nations, telles que l'Espagne,

(1) Sur la législation comparée, Weiss, tome IV, p. 76 et suivantes.

l'Italie, n'exigent pas la reconnaissance de l'enfant avant le mariage.

Enfin certains pays voient avec défaveur la légitimation et ne l'acceptent qu'à titre exceptionnel et, pour ainsi dire, avec regret. Sans doute aucune législation n'écarte absolument la possibilité de la légitimation. Mais l'Angleterre et quelques Etats de l'Amérique du Nord n'admettent de légitimation que par un « act » du Parlement.

On entrevoit, dès lors, la possibilité de conflits de lois lorsqu'il s'agit de savoir si la légitimation où des étrangers ont été parties est valable. Faut-il appliquer la *lex fori* ou la loi nationale des parties ?

La réponse ne saurait être douteuse. La légitimation, comme tout ce qui concerne la filiation, et, plus généralement, l'état et la capacité des personnes, appartient au statut personnel. C'est donc la loi nationale des intéressés qui réglera les conditions de validité de la légitimation.

Cependant il faut réserver l'application de la loi locale dans le cas, où l'application de la loi personnelle des parties viendrait à faire échec à l'ordre public. Mais il convient de préciser exactement la portée de cette restriction afin de ne pas lui attribuer une importance exagérée.

Tel est le principe à mettre d'abord en relief pour en faire ensuite l'application à la légitimation.

**SECTION 1. — Les lois relatives à la filiation
appartiennent au statut personnel.**

Le principe général, en matière de filiation, est qu'il faut appliquer la loi nationale. Cette règle convient à la filiation naturelle comme à la filiation légitime. Les questions de cette nature ressortissent, en effet, à l'état des personnes. Or, il est de principe que l'état des personnes est soumis au statut personnel.

En matière de filiation naturelle, d'assez nombreux conflits de lois, résultant des divergences qui existent entre les législations, sont susceptibles de se présenter. Ils se manifestent soit dans le domaine de la reconnaissance volontaire ou forcée de la filiation naturelle, soit dans celui des effets de cette même filiation, soit enfin dans celui de la légitimation.

La question de la reconnaissance étant en corrélation avec celle de la légitimation, il convient de s'y arrêter.

Les conflits de loi relatifs à la reconnaissance volontaire intéressent soit la capacité des parties, soit la forme de l'acte.

S'il s'agit de la capacité, la loi applicable est la loi nationale des intéressés. Cependant l'application de cette loi ne peut porter atteinte aux dispositions de la *lex fori* qui présentent un caractère d'ordre public absolu ou international. Ainsi, dans une nation dont la loi prohibe la reconnaissance des enfants adultérins ou incestueux, un étran-

ger ne peut reconnaître de tels enfants, alors même que la législation de son pays le lui permettrait.

Sur le principe même de l'application de la loi personnelle aux questions de capacité, une difficulté s'élève quand l'auteur de la reconnaissance et l'enfant appartiennent à des nationalités différentes. Cette question sera examinée à propos de la légitimation.

En ce qui concerne la forme de la reconnaissance, il y a lieu d'appliquer la règle *Locus regit actum*, en vertu de laquelle la reconnaissance sera valable si elle a été faite dans la forme prescrite par la loi locale. Ainsi un sujet étranger reconnaîtra valablement, en France, son enfant de la même nationalité que lui par un acte sous signatures privées autorisé par sa loi nationale.

S'agit-il de reconnaissance forcée ? Les mêmes principes généraux reçoivent leur application.

Les actions en recherche de maternité naturelle sont, au point de vue de leurs conditions de fond, soumises à la loi nationale des parties. Mais cette loi cesse de s'appliquer et cède la place à la *lex fori* pour tout ce qui a trait à la procédure à suivre et au mode d'administration des preuves. En outre, la *lex fori* doit seule être admise lorsque l'application de la loi personnelle heurterait une disposition d'ordre public absolu du pays où l'action est exercée.

Quant à la recherche de la paternité naturelle, on doit lui appliquer les mêmes règles. Cette recherche est, en principe, soumise à la loi nationale des parties. Un étranger ne peut intenter en France une action de ce genre si sa propre

loi le lui interdit. Un Français ne peut, à l'étranger, rechercher en justice son père que dans les cas prévus par la loi du 16 novembre 1912. Il y a lieu, dans certains cas, de faire prévaloir la *lex fori* sur le statut personnel. Sous l'empire de l'article 340 c. c. les auteurs et les tribunaux s'accordaient pour considérer que cette disposition ayant un caractère d'ordre public, s'opposait à ce qu'une action en recherche de paternité naturelle fût exercée en France, même si les deux parties étaient étrangères. La même solution doit être admise depuis la loi nouvelle; les étrangers ne peuvent exercer en France une action en recherche de paternité naturelle que dans les limites prévues par cette loi, alors même que leur loi nationale serait plus libérale (1). Il ne faut cependant pas exagérer le caractère d'ordre public de la loi de 1912. Il convient, à mon avis, de s'en rapporter à la loi personnelle des parties, pour savoir quelles personnes sont recevables à exercer l'action et contre qui elle peut être intentée, quelles preuves devront être admises, quelle sera la durée de la prescription de l'action (2).

C'est également la loi des parties qui détermine les effets de la filiation naturelle régulièrement prouvée. Seule, elle a compétence pour décider si les parents naturels exercent la puissance paternelle, si la filiation naturelle ne fait naître qu'une obligation alimentaire ou si elle confère

(1) Voir sur la question : Surville dans le *Journal de droit international privé*, 1913, page 7.

(2) Surville, *loc. cit.*, pages 13 et suivantes.

un droit de succession. C'est aussi à cette loi de déclarer si la filiation naturelle, régulièrement établie, peut être contestée et par quelles personnes elle peut l'être (1).

Enfin, l'effet de l'acte de reconnaissance ou du jugement rendu sur une action en recherche de paternité ou de maternité est international, en ce sens que la filiation est prouvée en tous pays et que le fait de la filiation peut être invoqué sur le territoire de n'importe quel Etat. Toutefois un jugement étranger n'aurait aucune valeur en France, si, contrairement au statut personnel des parties, il avait admis entre Français une recherche de paternité en dehors des termes de la loi du 16 novembre 1912, comme aussi un acte de reconnaissance ne produirait en France aucun effet s'il concernait un enfant adultérin reconnu en dehors des termes du nouvel article 331 du code civil.

Ces considérations conservent toute leur valeur lorsqu'on les applique à la légitimation. Celle-ci est régie par la loi nationale des parties, mais sous réserve de l'ordre public. Quel est le sens et quelle est la portée précise de cette restriction? C'est ce qui reste à examiner.

(1) Cassation, 17 janvier 1899, *Dall.* 1899, I, 329, et la note de M. Martin.

Cassation, 9 janvier 1906, *Revue de Droit international privé*, 1907, p. 154 et suivantes.

SECTION II. — L'ordre public relatif et l'ordre public absolu.

Les lois de droit privé touchant à l'ordre public peuvent avoir ce caractère d'ordre public à deux degrés différents.

Les unes ne sont d'ordre public que relativement aux Français. C'est pour celles-ci que l'article 6 du code civil a été écrit. L'intérêt général n'est pas engagé à ce point que ces lois doivent mettre obstacle à l'application des lois étrangères qui les contredisent. Par exemple, les lois françaises concernant l'état et la capacité des personnes, le mariage, la filiation, la tutelle, l'interdiction, les lois qui font dériver des capacités ou des incapacités de l'état des personnes, sont des lois d'ordre public auxquelles les Français ne peuvent se soustraire. Mais sont-elles à tel degré d'ordre public qu'elles doivent faire écarter les lois étrangères contraires sur les mêmes matières ? Nullement, car elles ne sont d'ordre public qu'à l'égard des Français.

Au contraire, certaines lois présentent un caractère d'ordre public si profond que, non seulement elles s'imposent aux Français, mais encore que l'intérêt social défend qu'on emprunte aux législations étrangères des dispositions incompatibles avec les règles de ces lois. En ce cas, l'application de la loi étrangère ne pourrait avoir lieu en France sans causer un scandale intolérable. Ainsi, l'on ne saurait admettre un étranger à contracter en France un second mariage avant la dissolution du premier, bien

qu'une loi étrangère le permit. De même, il serait impossible d'accueillir en France l'application d'une loi étrangère qui organiserait la mort civile d'un individu, ouvrirait sa succession et dissoudrait son mariage.

Cette distinction de deux catégories de lois d'ordre public est généralement admise.

Toutefois il existe sur ce point une difficulté de terminologie. Certains auteurs opposent l'ordre public interne ou national à l'ordre public international. D'autres parlent d'ordre public relatif et d'ordre public absolu. Il est difficile de parvenir ici à des expressions rigoureusement exactes.

Les locutions ordre public interne ou national et ordre public international paraissent défectueuses. Parler d'ordre public international, c'est évoquer l'idée d'un ordre public intéressant tous les peuples ; ainsi la répression de la piraterie est d'ordre public international, car il s'agit d'un crime que tout le monde a le droit de réprimer. Transporter cette expression dans le droit international privé, c'est faire naître une équivoque. En effet, les lois d'ordre public qui s'opposent à l'application des lois étrangères sont des lois nationales qui peuvent très bien ne pas exister ailleurs qu'en France. La mort civile, supprimée par notre loi du 31 mai 1854, ne l'est pas dans tous les pays. C'est donc l'ordre public national qui l'a fait abolir. C'est également l'ordre public national qui a fait interdire la bigamie.

Pour éviter ces équivoques, plusieurs auteurs ont em-

ployé les expressions, « ordre public relatif et ordre public absolu ». Les lois d'ordre public relatif n'ont de conséquence que dans le droit interne ; les lois d'ordre public absolu produisent leurs effets dans le droit international. Mais ces nouvelles expressions ne sont pas, elles non plus, à l'abri de toute critique. Elles sont en désaccord avec nos habitudes de langage qui considèrent l'ordre public comme absolu. Il semble donc que c'est commettre un pléonasme que de parler de lois d'ordre public absolu, et que, d'autre part, c'est une contradiction que de parler de lois d'ordre public relatif, puisque l'ordre public en droit interne est absolu.

Malgré la justesse de ces observations, les expressions ordre public relatif et ordre public absolu sont couramment usitées.

L'ordre public relatif est l'ordre public envisagé relativement à certaines personnes qui sont les nationaux. L'ordre public absolu est général, c'est-à-dire, s'impose à tous et vise toutes les lois étrangères, pour les écarter si elles sont contraires à la disposition envisagée. Cette terminologie n'est pas d'une précision parfaite en elle-même, mais la précision dérive de l'ordre d'idées auquel ces mots se rattachent. Une comparaison ne sera pas inutile. En matière de mariage, par exemple, le législateur appelle nullités absolues les nullités que tous les intéressés peuvent invoquer et nullités relatives celles dont certaines personnes seulement ont le droit de se prévaloir. C'est dans un sens analogue que sont employées les formules d'ordre public relatif et d'ordre public absolu. La première désigne les lois

qui ne sont d'ordre public que pour les Français ; la seconde caractérise les lois qui sont d'ordre public pour tous et qui s'opposent, par suite, à l'application des lois étrangères qui les contredisent.

Un exemple fera saisir la distinction des deux ordres publics. Nul ne méconnaît aujourd'hui que les lois concernant l'état et la capacité des personnes suivent celles-ci en pays étrangers. Un sujet hollandais ne sera réputé majeur, et, par suite, capable d'accomplir les actes de la vie civile sur notre territoire qu'à l'âge de 23 ans, fixé par sa législation nationale. On ne saurait lui appliquer, avec quelque personne qu'il contracte, l'article 488 de notre code civil qui déclare majeurs les Français âgés de 21 ans accomplis. Cette disposition n'est donc pas d'ordre public international, et cependant elle touche à l'ordre interne, en ce sens qu'il ne serait pas permis à des Français d'y contrevenir par leurs conventions, ni de modifier l'âge de la majorité légale.

D'où vient cette différence, se demande M. Weiss ? De « ce que l'intérêt général de l'Etat Français veut que les « personnes sur lesquelles sa souveraineté s'exerce à raison « de leur nationalité ne puissent éluder les lois auxquelles « il a jugé nécessaire ou utile de les soumettre, tandis que « cet intérêt ne sera nullement compromis en général, si « l'état et la capacité d'un étranger sur lequel la souveraineté « française n'étend aucune action personnelle, continuent « à être régis chez nous par la loi de son origine » (1).

(1) Weiss, tome III, page 98.

Les deux ordres publics ne sont donc pas identiques. Il est vrai que l'ordre public international rentre dans l'ordre public interne dont il forme une subdivision. C'est une question de plus ou de moins. Les règles d'ordre public absolu, ou international, en ce sens que l'application des lois étrangères ne peut y porter atteinte, sont *a fortiori* d'ordre public relatif ou interne, c'est-à-dire que les conventions particulières des nationaux ne sauraient les enfreindre. Mais la réciproque n'est pas vraie. Et ce serait une erreur de croire que les simples dispositions d'ordre public interne ou relatif sont protégées contre l'application des lois étrangères (1).

Sans insister davantage sur une distinction qui m'entraînerait hors des limites de cette étude, j'ajouterai que les dispositions légales relatives à la légitimation présentent un caractère d'ordre public relatif. Sans doute elles s'imposent à tous les Français qui ne pourraient, par des conventions particulières, se soustraire aux prescriptions de l'article 331 du code civil et procéder à une légitimation autrement que l'indique ce texte. La légitimation appartenant au statut personnel, l'article 331 ne met aucunement obstacle à la reconnaissance en France de la validité d'une légitimation obtenue conformément à une loi étrangère. Seule une règle française présentant un caractère d'ordre public absolu empêcherait l'application sur notre territoire d'une législation étrangère en matière de légitimation.

(1) Weiss, *loc. cit.*, p. 99.

**SECTION III. — Application des principes précédents
à la légitimation.**

Mettons maintenant en œuvre, dans la matière spéciale de la légitimation, les principes généraux qui viennent d'être exposés.

Les hypothèses qui peuvent donner lieu à des conflits de lois sont assez nombreuses, ainsi qu'en témoigne l'abondance des décisions judiciaires intervenues en cette matière. Je les répartirai en deux catégories, suivant qu'elles se rapportent à la légitimation par mariage subséquent ou à la légitimation par rescrit du prince.

§ 1^{er}. — *Légitimation par mariage subséquent.*

La légitimation est un effet du mariage. Elle est donc soumise à la loi qui régit le mariage, c'est-à-dire à la loi nationale du mari. Par loi nationale du mari, on entend d'ailleurs, non pas celle dont il dépend au jour de la naissance de l'enfant, mais celle dont il dépend au jour du mariage (1).

A signaler une particularité de la pratique anglaise qui, depuis 1889, applique à la fois la loi du domicile du père

(1) Weiss, tome IV, p. 90. Surville et Arthuys, n° 313.

au moment de la naissance de l'enfant et celle du lieu où le mariage est célébré (1).

Le principe de l'application de la loi nationale du mari ne suscite aucun embarras quand le mari et l'enfant ont la même nationalité. Il suffit alors de rechercher sous quelle loi vivait le père au jour de la célébration du mariage. Cette même loi permettra d'apprécier la validité de la légitimation. Mais les choses ne vont pas toujours aussi simplement.

Si l'enfant et le père n'ont pas la même nationalité, que l'un et l'autre ressortissent à des législations différentes et que celles-ci soient en opposition au sujet des conditions de la légitimation, une controverse assez délicate s'élève. A laquelle de ces législations convient-il de se référer ? Une difficulté du même genre se présente d'ailleurs relativement à la reconnaissance d'un enfant naturel ou à la recherche en justice de la filiation naturelle.

Un parti important dans la doctrine applique exclusivement la loi nationale du père. Quelques auteurs font prédominer la loi de l'enfant. D'autres enfin n'admettent la légitimation que dans les termes où elle est reconnue en même temps par la loi du père et par celle du fils (2).

C'est cette dernière solution qui doit être adoptée.

Pour que la légitimation soit valable, il faut, d'une

(1) Wharton, *Conflicts of laws*, § 240 et suivants.

(2) Voir sur la question Weiss, tome IV, p. 86 et suivantes. Audinet, n° 624. Surville et Arthuys, n° 313. Duguit dans *Clunet*, 1886, page 515.

part, que la loi nationale du père lui permette de légitimer son enfant naturel, d'autre part, que la loi de l'enfant l'autorise à être légitimé.

En tous cas, s'il y a conflit entre la loi nationale du mari et celle de la femme, il est certain qu'il faut exclusivement tenir compte de la loi du mari. Cette solution est imposée par les principes qui régissent le mariage en droit international privé.

Si l'on poursuit l'examen des conséquences du principe posé, que la légitimation est régie par la loi nationale des intéressés, on est conduit aux solutions suivantes :

Un Français peut légitimer un enfant naturel en se mariant dans un pays où la légitimation n'est pas admise par la voie du mariage subséquent. Mais, bien entendu, il ne légitimera son enfant par son mariage à l'étranger que s'il l'a reconnu conformément à l'article 331 du code civil français, alors même que la loi locale admettrait la légitimation, dans d'autres conditions.

Toutefois on admet généralement que, si après le mariage, le père et l'enfant avaient acquis la nationalité d'un Etat où la légitimation s'opère différemment qu'en France, on devrait, pour cette formalité, appliquer la loi nouvelle des parties, et non pas la loi française (1).

Plaçons-nous maintenant dans des hypothèses inverses des précédentes.

Par application des principes que j'ai déjà posés, on

(1) Weiss, tome IV, page 97. *Bartin*, note sous *Cassation*, 17 janvier 1899. *Dalloz* 1899, 1, 329.

doit décider que des étrangers, dont la loi n'admet pas la légitimation par mariage subséquent, ne peuvent pas, même en se mariant en France, légitimer un enfant naturel.

Voici la loi anglaise, suivant laquelle le mariage subséquent ne légitime pas les enfants naturels. Je suppose un enfant conçu hors mariage. Si les parents se marient avant la naissance l'enfant est légitimé. Il en est différemment si le mariage n'intervient qu'après la naissance. Dans ce cas, l'enfant reste naturel.

Convient-il, en cas de conflit, d'appliquer la loi anglaise qui considère l'enfant comme illégitime ou la loi française, aux yeux de laquelle cet enfant se trouve légitimé par le mariage subséquent ? Exemple : une Française épouse un Anglais en France. Ce mariage légitimera-t-il les enfants naturels reconnus par les époux, soit antérieurement, soit au moment de la célébration du mariage ? Bien entendu, la femme perd sa nationalité.

La jurisprudence a eu à résoudre souvent cette question. La Cour d'Orléans, par arrêt du 17 mai 1856, avait décidé, relativement à des Anglais qui avaient eu un enfant naturel et qui s'étaient ensuite mariés en France, que cet enfant ne devait pas être considéré comme bénéficiant de la légitimation. Cette décision s'appuyait sur cette idée que l'article 331 serait une disposition de statut personnel (1). Mais cet arrêt fut cassé par la Cour suprême le 23 no-

(1) Orléans, 17 mai 1856. Dalloz, 1856, 2, 155.

vembre 1857. La Cour de Rouen, le 5 janvier 1887, et la Cour de Paris, le 23 mars 1888, adoptèrent la doctrine de la Cour de Cassation (1). Il résulte donc de ces dernières décisions que, à cette heure, l'article 331 est une disposition d'ordre public absolu. Donc dans notre espèce la légitimation se produit.

La morale est profondément engagée en cette matière. Il est nécessaire, pour les bonnes mœurs françaises, que l'enfant naturel puisse être légitimé par le mariage subséquent. Cet effet du mariage est même de nature à encourager les parents de l'enfant naturel à transformer en mariage leur simple union de fait. Telles sont les raisons de cette jurisprudence.

Que valent-elles ? C'est ici le cas de faire la distinction entre l'ordre public absolu et l'ordre public relatif. L'article 331 n'a le caractère d'ordre public qu'à l'égard des Français et non à l'égard des étrangers. Le fait qu'il existe dans une famille étrangère un enfant naturel, malgré le mariage subséquent des parents, ne porte pas atteinte à la morale. Il y a certainement en France des enfants naturels non légitimés malgré le mariage des père et mère, ceux-ci ayant omis de reconnaître leur enfant. L'article 331, qui n'est que d'ordre public relatif, n'a pas pour effet de faire écarter l'application de la loi anglaise. La Cour d'Orléans, dans son arrêt du 17 mai 1856, avait adopté une

(1) Cassation, 23 novembre 1857. Dall. 57, 1, 423. Rouen, 5 janvier 1887. Dall. 87, 2, 145. Paris, 23 mars 1888. Dalloz, 89, 2, 117.

solution conforme aux vrais principes en décidant que la légitimation appartient au statut personnel. Il convient de se rallier à sa doctrine. En outre, si la légitimation, comme je l'ai montré, est régie par la loi nationale des intéressés, il faut décider qu'un étranger peut légitimer, en se mariant en France, un enfant naturel qu'il n'a pas reconnu, à la condition que sa loi personnelle n'exige pas la reconnaissance (1).

A l'application de la loi nationale, j'apporterai toutefois une limite, dans le cas où cette application contrarierait en France une disposition d'ordre public absolu. Ainsi la légitimation d'enfants adultérins ne peut se produire en France que dans les hypothèses indiquées par la loi de 1915, alors même que la loi des intéressés admettrait sans restriction cette légitimation. On ne pourrait en décider autrement que si l'on ne considérait pas que le principe, subsistant, malgré la loi de 1915, de la prohibition de légitimation des enfants adultérins, est une disposition applicable aux étrangers comme aux Français.

§ 2. — *La légitimation par rescrit du Prince.*

Nous avons vu que certaines législations admettent la légitimation par rescrit du prince.

Quelle peut être la valeur internationale d'une telle lé-

(1) Cassation, 20 janvier 1879. Dall. 79, 1, 107. — Tribunal Civil Avesnes, 12 juin 1880, Clunet, 1880, p. 479.

gitimation ? Je n'ai, ici encore, qu'à déduire les corollaires des idées maîtresses de ce chapitre. Puisque la légitimation est soumise à la loi nationale des parties, celle par rescrit du prince, intervenue en pays étranger, doit être reconnue comme valable dans tout Etat, dès l'instant où elle est régulière.

On objecterait vainement que les conditions requises par l'article 331 de notre code civil sont d'ordre public et que notre législation moderne ignore la légitimation par rescrit. La distinction des notions d'ordre public relatif et d'ordre public absolu trouve, ici encore, son application. Les Français ne peuvent produire la légitimation que par le mariage ; il ne peut s'agir pour eux de l'obtenir par un décret du pouvoir exécutif. Mais la légitimation réalisée par rescrit dans un pays qui admet cette forme de légitimation, et suivant les conditions requises par la loi de ce pays, au profit des sujets qui en dépendent, possède une valeur internationale. Bien qu'ignorant ce procédé de légitimation, notre article 331, qui ne s'adresse pas aux étrangers, n'est en aucune manière incompatible avec l'application de cette loi étrangère.

L'effet international de la légitimation par rescrit est universellement admis. Il est clair que cette légitimation ne sera valable qu'à la condition d'être autorisée par la loi personnelle du père ou de la mère en même temps que par celle de l'enfant (1). On exige même que le père et l'enfant

(1) Paris, 13 avril 1893. *Clunet*, 1893, p. 557. Weiss, tome IV, p. 101 et suivantes. Duguit dans *Clunet*, 1886, p. 525.

aient la même nationalité et que le rescrit émane de leur souverain commun. Les jurisconsultes qui ont traité cette question considèrent donc comme non avenue en France la légitimation par rescrit d'un souverain qui ne serait pas à la fois celui du père et de l'enfant, alors même que les lois nationales de l'un et de l'autre admettraient la légitimation par rescrit du prince (1).

Enfin, il ne faut pas perdre de vue, ici comme ailleurs, que cette légitimation serait pour nous inexistante si elle se heurtait à une disposition de notre loi ayant un caractère d'ordre public absolu, c'est-à-dire à une disposition s'imposant aux étrangers comme aux nationaux. C'est ainsi que la légitimation d'un enfant adultérin, en dehors des cas permis par le code civil, qu'aurait prononcée le rescrit d'un souverain étranger ne pourrait produire d'effet en France (2).

(1) Weiss, tome IV, page 104. Duguit, *loc. cit.*

(2) Un vieil arrêt de la Cour de Paris, du 11 janvier 1808, s'était déjà décidé en ce sens : voir Dalloz, répertoire. V. *Droit civil*, n° 445.

CONCLUSIONS

Telles se sont déroulées les vicissitudes de la légitimation depuis son apparition à Rome, sous l'influence bien-faisante du Christianisme, jusqu'à la législation d'hier qui en a ouvert la voie aux enfants adultérins et incestueux.

Si on les envisage dans leur ensemble en négligeant la légitimation par oblation à la curie, qui n'ayant qu'un intérêt fiscal disparut avec la curie elle-même, on peut constater que les deux grandes formes romaines de la légitimation, le mariage subséquent et le rescrit du prince, se sont perpétuées jusqu'à nos jours.

Toutes les législations contemporaines, sauf celles de l'Angleterre et de certains Etats de l'Amérique du Nord, admettent la légitimation par mariage subséquent. Celle par rescrit existe encore dans plusieurs nations, notamment en Espagne, en Italie et en Hollande.

Dès lors se pose une question d'ordre législatif général. Serait-il opportun de rétablir en France la légitimation par rescrit, c'est-à-dire par décret? Des appréciations diverses ont été émises à cet égard.

A certains moralistes et jurisconsultes ce mode de légitimation employé avec discrétion apparaît comme offrant de sérieux avantages. C'est ainsi que M. Viollet (1), dans un ouvrage auquel je me suis référé au cours de ce travail, fait ressortir que beaucoup de pays acceptent encore ce procédé de légitimation et que la France aurait intérêt à revenir à cette conception.

D'autres auteurs, tel que Laurent (2), estiment que la légitimation est un effet propre du mariage, que rien ne peut remplacer. Cette manière de voir semble un peu étroite ; elle se place exclusivement au point de vue du droit positif français et des législations qui, comme la nôtre, n'admettent que la légitimation par mariage subséquent. Il est évident, que, dans ces législations, le mariage seul peut produire la légitimation, à l'exclusion de tout autre fait ou de toute autre décision. Mais s'en tenir là, est répondre à la question qui se pose sur le terrain législatif général, par un argument tiré de la législation existante.

Ne convient-il pas de résoudre ce problème en considérant le but même de la légitimation, qui, ainsi que je l'ai fait précédemment ressortir, est double ?

D'une part, la légitimation a pour objet de permettre aux enfants d'échapper aux conséquences de la faute de leurs parents, d'entrer dans une famille, de se reclasser dans la société. Cet intérêt, extrêmement sérieux, mais

(1) *Histoire du droit civil français*, n° 474, page 517, note 6.

(2) *Avant-projet du Code civil*, tome II, p. 162 et 163.

d'ordre individuel, n'a en vue que les enfants naturels qui ont tout avantage à être assimilés aux enfants légitimes.

D'autre part, la légitimation a un intérêt d'ordre social qui est d'inciter les concubins au mariage, l'union légitime étant une base essentielle de la société.

Si l'on s'attache exclusivement au premier point de vue, on dira qu'il faut multiplier les possibilités de légitimation et rendre accessible aux bâtards, par tous les moyens réalisables, le reclassement familial. On sera donc porté à désirer, dans la législation, à côté de la légitimation par mariage, celle par décret.

Au contraire, en envisageant le second intérêt de la légitimation, on se trouve conduit à une autre conclusion. Il s'agit de fortifier la famille, assise de la société, de promouvoir la transformation des unions libres en unions légitimes. Or, n'est-il pas à craindre que le rétablissement de la légitimation par rescrit ne diminue pour les concubins l'utilité du mariage ? Ceux-ci, en effet, entrevoyant pour leurs enfants une légitimation possible par décision du Chef de l'Etat, ne négligeront-ils pas indéfiniment, et peut-être toujours, de régulariser leur situation ? Ainsi le retour au système de la légitimation par rescrit serait contraire au but social de l'institution.

La question se pose donc en ces termes : quel est l'intérêt qui doit l'emporter sur l'autre ? Est-ce celui de l'enfant naturel, si digne d'attention qu'il soit ? Est-ce celui de l'ordre social qui repose sur la famille et sur le mariage ? La réponse ne peut être douteuse. La législation française est

sage et s'inspire des intérêts supérieurs de la société en n'admettant la légitimation que par la voie du mariage, d'autant plus que celle-ci est ouverte assez largement, depuis la récente réforme, à tous les enfants naturels pour que notre sentiment de justice soit pleinement satisfait. Le libéralisme de nos lois permet, dans toute la mesure compatible avec la nature des choses et avec les exigences de l'ordre social, aux parents de se réhabiliter, aux enfants d'être délivrés des conséquences de la faute de leurs auteurs.

Vu : Lyon, le 3 juin 1918.

Le Président de la Thèse

LÉVY.

Vu : Lyon, le 3 juin 1918.

Le Doyen

JOSSERAND.

Permis d'imprimer : Lyon, le 4 juin 1918.

Le Recteur de l'Académie

JOUBIN.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Historique.

Chapitre I. — Droit romain	11
Chapitre II. — Ancien droit.	26
Chapitre III. — Droit moderne	41

DEUXIÈME PARTIE

La légitimation dans le Droit actuel.

Chapitre I. — Conditions de la légitimation . . .	51
Section I. — Mariage des père et mère . . .	52
Section II. — Reconnaissance de l'enfant . . .	61
Chapitre II. — Enfants pouvant être légitimés . .	83
Section I. — Enfants adultérins et incestueux.	84
Section II. — Enfants décédés	108

Chapitre III. — Effets de la légitimation.	113
Chapitre IV. — Contestation de la légitimité	117
Chapitre V. — La légitimation en Droit interna- tional , . . .	124
Section I. — Lois relatives à la filiation	126
Section II. — Ordre public relatif et ordre pu- blic absolu	130
Section III. — Application des principes à la légitimation	135
CONCLUSIONS	143

